This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HL 4C1L X

3d Nov 1920

HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb 1 1917

UNIVERSITÉ LAVAL—QUÉBEC

FACULTÉ DE DROIT

DE L'ADMISSIBILITÉ

DE LA

PREUVE PAR TÉMOINS

EN DROIT CIVIL

THESE

POUR LE DOCTORAT

PAR C. E. DORION, L. L. L.

AVOCAT

MONTREAL

WHITEFORD & THÉORET, EDITEURS

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

23 et 25, RUE ST-JACQUES

1894

DUSSAULT & PROULX, IMPRIMEURS, QUEBEC

CAN
994
DOR

Tx
D698

FEB 1 1917

INTRODUCTION

SOMMAIRE

1. De la preuve en général.
2. Du témoignage.
3. De la preuve par témoins.
4. Valeur de la preuve par témoins.
5. De la preuve testimoniale légale.
6. De l'admissibilité de la preuve par témoins.
7. Etendue et divisions du sujet.

1. *Ex facto oritur jus.*

Les faits doivent être portés à la connaissance des tribunaux pour que ces derniers puissent leur appliquer les règles du droit. La démonstration de la vérité d'un fait s'appelle *preuve*. On appelle aussi *preuve*, les *moyens* de preuve ; et, dans un autre sens, la *production* des moyens de preuve.

La preuve appartient à cette partie du droit que Bentham appelle *lois adjectives*, qui sont les *moyens d'application*, la *procédure*, pour les distinguer des *lois substantives*, ou *principes de fond*.

2. La source de certitude la plus féconde dans la constatation des faits c'est l'induction, puisqu'on peut y ratta-

cher le témoignage de l'homme. La foi au témoignage est un effet basée sur l'expérience journalière que les hommes disent généralement la vérité, sur la persuasion où nous sommes de la constance de cette loi morale. Sans le témoignage humain, écrit ou verbal, la constatation des faits serait pratiquement impossible, parce que les vérités intuitives et celles qui tombent directement sous les sens sont très limitées, si on les compare aux événements qui sont portés à notre connaissance par le témoignage.

Le témoignage est, suivant Bonnier (*Traité des Preuves, No.* 26) " toute espèce de déclaration de l'homme, soit orale, soit par écrit, relativement à des faits passés. " Cette définition nous parait incomplète en ce que le témoignage ne porte pas seulement sur des faits passés, mais aussi sur un état de choses présent, sur des probabilités futures, comme cela a lieu dans le témoignage d'experts, ou dans l'appréciation d'un montant de dommages.

3. Le témoignage oral de tiers étrangers au litige constitue la *preuve testimoniale* (C. C. 1205) qu'il faut distinguer du témoignage des parties, qu'on appelle *aveu judiciaire.* Cependant le témoignage des parties elles-mêmes, dans les causes où les parties peuvent témoigner en leur propre faveur, rentre dans la preuve testimoniale.

4. La preuve par témoins est malheureusement loin d'offrir des garanties absolues de véracité, et l'on pourrait se demander si même elle offre des garanties suffisantes pour être admise devant les tribunaux. Si l'on admet

comme à peu près infaillible le témoignage universel des hommes, si l'on considère comme incontestable le témoignage historique, il n'en saurait être de même du témoignage d'un homme sur un fait d'une nature privée. Les faits à prouver dans un procès n'intéressent que les parties, ou quelquefois, ce qui est pire, les témoins ; ils se sont passés, le plus souvent, en présence d'un nombre très restreint de personnes, dont le témoignage échappe ainsi au contrôle auquel sont soumis les faits historiques.

La preuve testimoniale ne manque cependant pas de sanction suffisante pour compenser les causes d'erreur qui y sont inhérentes ; et ce serait fermer les yeux à la lumière que de ne pas la recevoir, sauf à l'apprécier pour ce qu'elle vaut. La sanction naturelle du témoignage humain est cette tendance qu'ont les hommes en général à dire la vérité, parce que l'homme est naturellement porté au bien, dit Bonnier ; parce que la vérité coûte moins d'efforts que le mensonge, dit Bentham. Il est certain que la mémoire est plus féconde que l'imagination, et le menteur le plus invétéré dit plus de vérités que de mensonges ; si l'on considère en outre le discrédit et les inconvénients qui résultent du mensonge, l'homme est certainement intéressé à dire la vérité en général. La sanction morale et la sanction religieuse ne sont pas sans effet non plus sur le témoignage humain, et la loi en tire partie en exigeant que les témoins déposent sous serment, et elle y ajoute la crainte des peines afflictives. De tout temps et chez tous les peuples le parjure a été puni par les lois.

5. Mais là ne s'arrêtent pas les précautions de la loi civile contre l'infirmité de la preuve par témoins.

Le tribunal s'enquiert des faits par les moyens naturels que possèdent les hommes pour connaître la vérité. Cependant, de même que la loi naturelle n'est appliquée qu'avec des restrictions nécessaires dans les conditions actuelles de la vie, de même la constatation des faits en général, et par la preuve testimoniale en particulier, est soumise à certaines règles déterminées par la loi ; règles arbitraires en ce sens qu'elles lient le juge, quelquefois contre sa propre conviction, mais destinées à empêcher les abus qui naissent de l'usage des moyens de preuve naturels, ou à leur donner plus de force. *Non refert quid notum sit judici, si non notum sit in formâ judicii.*

Ces restrictions s'appliquent surtout à la preuve testimoniale. Celle-ci échappe, en effet, au contrôle des parties, dont, cependant, l'état et la fortune en dépendent. Une partie ne s'oblige pas malgré elle, sans doute ; mais l'engagement qui lie, c'est l'engagement prouvé. *De non apparentibus et non existentibus eadem est ratio.* Et si on peut le prouver malgré elle, n'est-ce pas lui imposer une obligation qu'elle n'a pas consentie, ou une responsabilité qu'elle n'a pas encourue ? Il faut donc exclure la preuve testimoniale quand on peut s'en procurer une meilleure et quand elle n'offre pas de garanties suffisantes. Les lois sur la preuve se rapportent à ces restrictions et à la manière de produire les preuves ainsi restreintes, c'est-à-dire de produire la certitude dans l'esprit du juge *in formâ judicii.* La preuve faite dans ces conditions s'appelle la *preuve légale.*

6. La diffusion de l'instruction ayant rendu facile l'obtention des preuves écrites, ou *preuves préétablies*, dont

la valeur est incontestable, il était naturel d'exclure la preuve par témoins chaque fois que les parties ont pu se pourvoir de preuve écrite. Celui qui n'a pas la précaution de faire constater ses droits par écrit ne peut s'en prendre qu'à lui-même, et la loi n'a pas de faveur pour les négligents. On considère cependant comme pratiquement impossible d'exiger une preuve écrite dans les affaires commerciales, qui se font trop rapidement, et dans les affaires pour des sommes minimes. D'ailleurs, les risques de subornation des témoins diminuent avec l'importance du litige. Quant à la qualité des témoins il est impossible de la constater d'après des règles fixées d'avance, à cause des considérations multiples qu'elle suppose, et la loi laisse aux tribunaux à l'apprécier, du moins en règle générale. Cependant elle exclut, entr'autres, le témoignage des parties et le témoignage de ceux qui méconnaissent la sanction religieuse du serment.

Les lois sur la preuve testimoniale sont donc de deux sortes : celles qui se rapportent à cette preuve en général, c'est-à-dire à l'admission ou à l'exclusion de ce genre de preuve ; et celles qui règlent la forme de la preuve, *l'enquête*, et la compétence des témoins produits.

Ce sont les lois de la première catégorie qui forment le sujet de cette thèse, celles qui traitent de l'admissibilité de la preuve par témoins en droit civil.

7. Ces lois forment une des parties les plus pratiques de notre droit. La preuve testimoniale, malgré des restrictions qui sembleraient devoir la réduire à rien, n'en

reste pas moins d'un usage journalier. Il faut se rappeler qu'elle est admise chaque fois que les parties n'ont pu s'en procurer une meilleure, et que les procès naissent précisément, le plus souvent, de l'absence de preuve *préétablie*, ou preuve écrite.

Pour bien se rendre compte de nos lois sur la preuve, il faut en connaître l'origine. Cette connaissance est surtout nécessaire pour les règles de la preuve dans notre droit civil, qui sont tirées en partie du vieux droit français, en partie du droit anglais de différentes époques, et en partie du droit statutaire canadien. Non seulement faut-il recourir à ces différentes sources pour y chercher les règles d'interprétation de nos lois actuelles, mais encore il faut y chercher des règles positives de droit, car l'ancien droit français n'a pas été complètement abrogé (C. C. 2613, C. P. C. art. 1360), et les règles de la preuve en droit anglais sont expressément déclarées faire partie de notre droit dans certains cas, par le Code Civil (C. C. art. 1206 et 2341).

Ces considérations nous paraissent rendre indispensable un exposé historique succinct du sujet de cette thèse. Nous examinerons ensuite successivement les deux principes qui dominent toute la question de l'admissibilité de la preuve par témoins. Par le premier, la preuve testimoniale est, en règle générale, prohibée ; le second veut que la preuve littérale soit préférée à la preuve par témoins.

Nous examinerons aussi quelle est la sanction des lois sur la preuve par témoins, et par quelle procédure le tri-

bunal adjuge sur l'admissibilité de la preuve par témoins. Cette procédure, plus simple dans notre droit que dans tout autre système, n'exigera que peu d'explications.

Sur les rapports de la preuve testimoniale avec les autres moyens de preuves énumérés dans l'article 1205 du Code Civil, il n'y a rien à dire : l'aveu judiciaire rend inutile toute autre preuve (C. C. 1245) ; l'aveu extra-judiciaire est un fait qui se prouve d'après les règles ordinaires (C. C. 1244). Quant aux présomptions, elles naissent de la loi, qui ne se prouve pas, ou des faits, qui tombent sous les lois de la preuve, que nous allons exposer. (C. C. 1238.)

PREMIÈRE PARTIE.

NOTIONS HISTORIQUES

SOMMAIRE :

8. Objet de cette étude.
9. De la preuve par témoins au moyen âge.
10. Règle *testis unus, testis nullus.*
11. Causes de reproche et d'exclusion des témoins.
12. Pratiques et système vicieux.
13. Evolution des lois sur la preuve.
14. L'ordonnance de Moulins.
15. L'ordonnance de 1667.
16. L'ordonnance de 1785.
17. Le Statut des Fraudes.
18. Le Code Civil.
19. Lois sur l'incompétence des témoins.
20. Influence du système des enquêtes.

8. Il serait fastidieux de faire un historique détaillé et complet des lois sur la preuve par témoins. Nous voulons seulement examiner les progrès accomplis dans cette branche du droit, et constater l'idée qui a présidé à sa formation dans les limites strictememt utiles pour l'intelligence de la législation actuelle et pour son interprétation. Nous indiquerons d'abord, à grands traits, les lois en vi-

gueur sur cette matière en France au commencement du 16e. siècle et les raisons d'être de ces lois. Puis nous verrons par quelle évolution, commencée dans le vieux droit français et continuée dans notre législation coloniale par l'influence du droit anglais, nous sommes arrivés à un système de preuve par témoins qui est le renversement de l'ancien état de choses.

9. La preuve testimoniale a toujours été reçue avec défiance. Cependant on l'admettait à peu près sans restrictions dans l'ancien droit romain. C'est surtout à partir du règne de Constantin qu'on voit s'introduire dans la législation des exclusions qui ne forment pas un corps bien déterminé, comme dans notre droit, mais dont l'influence sur le droit français a été considérable. C'est là qu'on a pris l'idée de préférer la preuve écrite à la preuve orale et d'exclure cette dernière dans certains cas.

Après les invasions des Barbares, et probablement à la suite des désordres qui en furent la conséquence, la preuve par témoins avait cessé d'être en honneur. On la remplaça par le *jugement de Dieu*, qui comprenait la *purgation canonique* et la *purgation vulgaire*. La première était la preuve par *serment :* chaque partie affirmait sous serment la justice de ses prétentions. Comme cela parut insuffisant pour arriver à une décision, les parties faisaient appuyer leur cause par des *compurgatores* ; c'étaient des personnes qui venaient jurer, non pas précisément de la vérité des faits, mais de leur confiance dans le bon droit de la partie. On eut recours aussi au combat judiciaire, qui fut restreint par saint Louis à un

petit nombre de cas, et qui tomba en désuétude. La preuve par témoins redevint alors d'un usage général et à peu près exclusif; car l'instruction étant très peu répandue, il était extrêmement difficile de se procurer une preuve écrite pour les transactions ordinaires On alla même jusqu'à préférer les témoins aux écrits, parce que, dit Dalloz, les actes confiés à la plume des clercs ne présentaient pas toutes les garanties voulues. On érigea en principe ce dicton: " témoins par vive voix detruisent lettres. " Mais ce principe ne fut pas admis partout et dans certaines coutumes on exigeait deux ou trois témoins pour contredire un écrit.

10. Dans l'impossibilité où l'on se trouvait, pour la plupart du temps, de se procurer des écrits, et dans l'obligation, par conséquent, d'admettre la preuve par témoins, on s'efforça d'améliorer la *qualité* de la preuve par témoins, en fixant le nombre et la qualité des témoins. La règle la plus célèbre est celle qui exigeait deux témoins pour établir un fait. Elle était tirée du droit romain de l'époque byzantine, car c'est Constantin qui l'introduisit définitivement dans une loi souvent invoquée depuis : " *Unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat.*" (Cod. lib. 4, tit. 20, l. 9. par. 1). C'est de là qu'on tira cette maxime : *Testis unus, testis nullus*, qui est demeurée en vigueur en France jusqu'au Code Napoléon et ici au Canada jusqu'en 1858 (23 Victoria ch. 57, sec. 50). On a tiré de cette loi des conséquences que ses auteurs n'avaient certainement pas prévues.

11. Ainsi de ce que le témoignage de deux personnes

faisait une preuve légale, on en est venu à conclure que, une fois la preuve légale faite, le juge devait y conformer son jugement. On rejetait comme n'ayant aucune valeur le témoignage d'un seul témoin, ce qui était conforme à la loi ; mais on admettait comme faisant pleine foi le témoignage de deux témoins, ce qui ne l'était pas du tout : *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei de qua quæritur* (Callist. l. 3, sec. 3. D. *de test.*). On comprend qu'en donnant une si grande autorité à la preuve par témoins on ait voulu l'entourer de précautions infinies. Ne pouvant pas poser de règles fixes pour apprécier la qualité du *témoignage* même, de la *déposition* du témoin, on se rejeta sur la *qualité* des témoins ; en conséquence, furent exclus tous les témoins intéressés, ceux qui avaient des sympathies pour les parties, ou dont le caractère, la profession, ou les antécédents faisaient douter de leur sincérité. Puisqu'il s'agissait de *compter* les témoins, et non de peser les témoignages, il fallait bien tâcher d'égaliser la valeur des témoins en rejetant tous ceux qui n'avaient pas la valeur moyenne.

Les causes de *reproche*, que l'on confondait dans l'ancien droit avec les causes d'exclusion absolue, devinrent innombrables ; étaient exclus les femmes, les enfants, les fous, les clercs, les bâtards, les serfs, les serviteurs et domestiques, les juifs, les bateleurs, les comédiens, les prostituées, les mendiants, les parrains, filleuls, etc., et tous ceux qu'on soupçonnait de partialité. Et l'on pouvait encore reprocher les témoins pour toute autre raison jugée suffisante par le tribunal. Dans le droit romain déjà

les personnes de basse condition n'étaient pas admises à témoigner. Les lois sont ordinairement le reflet des mœurs, et l'on peut juger de la moralité de ceux dont on rejetait le témoignage comme étant vendu d'avance au plus offrant.

12. Nous avons parlé de l'impossibilité de soumettre à des règles fixes l'appréciation des témoignages. Tout ridicule que cela puisse paraître on n'en a pas moins tenté de le faire. Au parlement de Toulouse on avait introduit une manière d'apprécier en chiffres la valeur des témoignages : ainsi celui d'un témoin qui n'était pas absolument irréprochable était réduit de la moitié, du quart, d'un huitième, suivant le cas. Puis on additionnait ces fractions pour constater si elles formaient la valeur de deux témoignages. Longtemps après l'ordonnance du 13 novembre, 1394, qui admettait le témoignage des femmes, il fallait, dans certaines provinces, trois femmes pour contredire deux hommes.

Bentham, qui ridiculise avec raison la pratique du parlement de Toulouse, proposait lui-même l'usage d'un *testimoniomètre*, pour mesurer les résultats des témoignages. Partant de zéro, qui représente l'absence de toute conviction, on devait exprimer par des chiffres, au-dessus et au-dessous de zéro, les degrés de persuasion produite par les témoignages. " La justice, dit-il, demande-t-elle moins de précision que la chimie ? C'est confondre les lois morales avec les lois physiques. "

Du temps de Pothier l'on ne considérait plus le juge

lié par la preuve testimoniale légale, et les règles les plus arbitraires avaient disparu des lois.

13. Dire que l'on ait déduit logiquement et *a priori* ces lois les unes des autres dans l'ordre que nous venons d'exposer, ce serait une exagération. Mais la logique est dans les choses, dans les conséquences nécessaires d'un acte posé, plutôt que dans l'intention des législateurs. Il est évident que les précautions que la loi prenait contre les témoins étaient rendues nécessaires par la place considérable que ces derniers tenaient dans l'administration de la justice. Cet enchaînement de conséquences est rendu évident d'ailleurs par ce qui se passe actuellement sous nos yeux. Depuis que l'on a relégué la preuve par témoins au second rang, qu'elle n'inspire plus les mêmes craintes, qu'elle ne détermine plus seule les grands intérêts des hommes, on l'a affranchie de ses entraves. Depuis que la preuve légale n'enchaîne pas la conviction du tribunal, un seul témoin suffit pour prouver un fait, et nous voyons disparaître l'une après l'autre, toutes les causes de reproche. On ne compte plus les témoignages, on les pèse : *Ponderantur testes, non numerantur.*

Cette évolution a mis des siècles à se produire ; elle s'est faite en partie par des changements peu importants, sans système arrêté ; elle se continue encore ; les dernières réformes ne datent que d'hier et d'autres sont proposées pour une législation prochaine.

14. L'Ordonnance de Moulins, publiée en 1566, marque l'époque la plus importante dans l'histoire de la preuve testimoniale. L'article 54 de cette ordonnance, inséré sur

les instances du parlement de Toulouse, introduisit un principe nouveau et posa une règle qui forme encore la base de notre législation sur ce sujet. Il ordonne que " de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres pour une fois payer, seront passés contrats par devant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve des dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au dit contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant celui, lors et depuis." L'ordonnance admet aussi la preuve par écritures privées. Cet article fut inséré dans l'ordonnance " pour obvier à la multiplicité des faits que l'on a vus ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuves de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès. "

Comme on peut le voir, la raison donnée par l'ordonnance n'est pas tant la crainte des parjures que les complications et les difficultés qui résultent de l'admission de cette preuve, et les procès qui naissent de l'incertitude des contrats non écrits. On comprend qu'on ait moins redouté les parjures alors que les seules personnes absolument étrangères aux parties et aux procès étaient admises à témoigner.

Cette loi fut généralement approuvée par les parlements, mais l'article parut si rigoureux dans la pratique qu'on l'interpréta largement et qu'on eut recours à un détour assez ingénieux pour en éluder les dispositions.

Lorsque la partie produisait une preuve par écrit incomplète, on lui permettait de compléter sa preuve par témoins. Et cette interprétation parut si raisonnable qu'on la sanctionna par une disposition expresse de l'Ordonnance de 1667 sur la Procédure.

15. Cette ordonnance qu'on appela alors le *code civil* est restée notre loi jusqu'à la promulgation du Code de Procédure, en 1867. En France elle fut aussi remplacée par le Code de Procédure Civile. Enregistrée dans la Nouvelle-France par le Conseil Souverain elle est restée hors de question dans cette controverse fameuse au sujet de l'enregistrement des ordonnances des rois de France en Canada, et de l'application de celles qui n'y ont pas été enregistrées.

Les articles 2, 3 et 4 du titre 20 de l'Ordonnance de 1667 reproduisent l'article 54 de l'Ordonnance de Moulins d'une manière plus explicite. Ainsi il y est déclaré que les actes, même pour moins de 100 livres, ne peuvent être contredits par témoins et que rien n'est changé à "ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands," c'est-à-dire dans les affaires de commerce, où l'on avait continué à recevoir la preuve par témoins malgré l'Ordonnance de Moulins. Il est aussi déclaré que la preuve par témoins sera admise "lorsqu'il y aura un commencement de preuve par écrit." Toutes ses dispositions sont passées dans notre droit et ont été reproduites dans notre Code Civil et notre Code de Procédure Civile.

L'ordonnance contenait aussi des dispositions pour

assurer la tenue régulière et le dépôt aux archives des registres de l'état civil, dispositions encore en force également. Elles affectent la preuve testimoniale, qui est exclue dans les matières de question d'état chaque fois que des registres ont été tenus régulièrement. L'ordonnance définit aussi les causes de reproche et d'exclusion des témoins qui sont bien moins nombreuses que dans l'ancien droit coutumier.

La question de l'admissibilité de la preuve suivant les règles ci-dessus était décidée par le tribunal auquel était soumise la cause. La cour, si il y avait lieu, ordonnait l'enquête, qui se faisait secrètement, hors la présence des parties, et indiquait par un interlocutoire les faits à prouver. L'enquête se faisait devant un commissaire. Ce mode d'enquête était très ancien dans le droit français, mais le secret de l'enquête est plus récent. Le Code Napoléon a conservé la même procédure : l'examen des témoins se fait par le juge et les parties n'y peuvent prendre part qu'en s'adressant au juge, mais elles sont admises à l'enquête. Nous verrons qu'ici l'enquête se fait maintenant d'une manière bien différente.

16. Telles étaient nos lois sur la preuve testimoniale lors de la cession du Canada à l'Angleterre. Après une interruption pendant le règne militaire sous le général Murray, l'acte de Québec de 1774 rendait au Canada les lois civiles françaises ; et, à partir de ce moment, ces lois ont subi d'importantes modifications au point de vue de preuve par divers actes de nos législatures.

La première de ces modifications fut l'introduction des règles de la preuve selon le droit anglais dans les affaires commerciales en 1785, par une ordonnance du Conseil Législatif (25 Geo III, ch. 2. sec. 10.) Cet amendement eut pour effet principal d'introduire, ou plutôt de confirmer, l'usage de la preuve par témoins dans les affaires commerciales, car dans le droit anglais la preuve par témoins est admise en général ; on a vu que l'Ordonnance de 1667 faisait déjà une exception pour les tribunaux de commerce.

Le statut 12 Vict., ch. 22, déclare que dans le silence de nos lois on aura recours aux lois anglaises, en vigueur le 30 mai 1849, date de la sanction du statut, pour la preuve dans les matières de lettres de change et de billets promissoires ; et le statut 14 et 15 Victoria, ch. 62, s. 4, étendit les dispositions de ce dernier aux lettres de change et billets promissoires faits ou endossés par des personnes qui ne sont pas commerçants.

Une autre disposition, qui affecte indirectement la question de la preuve par témoins, est le statut 22 Victoria, ch. 5, sec. 63, qui déclare commerciales les ventes de meubles par un non commerçant à un commerçant, et par conséquent, les soumet à la loi anglaise quant à la preuve.

17. Parmi les règles de preuve introduites par cette ordonnance de 1785 comme faisant partie du droit anglais à cette époque se trouve celles édictées par le Statut des Fraudes (29 Charles II., ch 3) qui exige une preuve écrite pour certains contrats, savoir : les ventes d'effets et marchandises, dont le montant dépasse dix livres sterling,

quand il n'y a eu ni livraison, ni acceptation ni paiement partiel, ou dation d'arrhes. Ce statut fut passé en Angleterre en 1677, peu de temps après l'ordonnance française sur la procédure. Les auteurs de ces deux lois étaient loin de supposer qu'un jour elles seraient en vigueur dans le même pays. Il arriva pour le Statut des Fraudes ce qui était arrivé pour l'Ordonnance de Moulins : on chercha à en éluder les dispositions et les tribunaux le déclarèrent inapplicable à certains contrats dont la loi avait eu pour objet d'empêcher la preuve par témoins. L'acte de lord Tenterden, passé en 1828 (9 Geo. IV., ch. 14), étendit les dispositions du Statut des Fraudes aux cas douteux ; c'étaient les ventes où la livraison ne devait pas, ou ne pouvait pas, être faite immédiatement. Il introduisit aussi la prohibition pour des cas nouveaux, les cas d'interruption de prescription ou de renonciation à la prescription acquise de cautionnements, ou recommandations, et de promesse de payer des dettes contractées pendant la minorité.

Après la passation de l'acte de lord Tenterden, on eut des doutes pour savoir si ce statut s'appliquait dans cette province. Le statut 8 Victoria, ch, 31. remplacé deux ans après, en 1848, par le statut 10 et 11 Victoria ch. 11, introduisit les dispositions du statut anglais dans nos lois,

18. En 1866 le Code Civil est venu apporter encore quelques modifications aux lois sur la preuve. Tout en reproduisant les dispositions de l'Ordonnance de 1667, les codificateurs en ont modifié les termes. Nous aurons à examiner quel a été l'effet de ces modifications dont plusieurs n'ont pas été indiquées comme de droit nou-

veau. Un changement sur lequel les codificateurs ont spécialement attiré l'attention a pour objet de rendre la loi plus uniforme en fixant à cinquante piastres les contrats ou *choses* qu'on peut prouver par témoins en matière civile et en matière commerciale. Le statut 23 Victoria, ch, 57 avait déjà fixé ce montant à $25 au lieu de cent livres ($20.00) dans les affaires civiles. (C. C. arts. 1233, 1234, 1236, 1237).

Toutes les dispositions de nos statuts sur la preuve en matière commerciale (voir no. 17) ont été reproduites aussi par le Code Civil (arts. 1233, 1235, 2260, 2341). Le Code y ajoute une disposition nouvelle en déclarant que les lois sur la preuve s'appliquent aux affaires commerciales comme aux autres, et qu'en l'absence seulement de dispositions dans le Code on devra avoir recours aux règles sur la preuve prescrite par les lois d'Angleterre, c'est-à-dire celles de la date de la promulgation du Code Civil (art 1206). Cette dernière disposition ne s'applique pas aux lettres de change et billets promissoires (C. C. 2341).

19. Si l'on ajoute à ces lois les statuts qui ont fait disparaître les exclusions et les causes de reproche des témoins et celle qui a fait disparaître la nécessité de deux témoins pour prouver un fait (23 Victoria, ch. 57, sec. 50, 1858) (voir ci-dessus, no, 10), on aura parcouru les principales phases de cette évolution dont nous avons parlé.

En matière commerciale les causes de reproches avaient déjà été restreintes à celles du droit anglais qui, à cette époque, étaient encore en vigueur. Le premier statut qui

changea l'ancien droit fut passé en 1801 (41 Geo. III ch. 8). Il restreignit l'incapacité d'être témoin à raison de parenté ou d'alliance au degré de cousin germain inclusivement. La raison donnée par le statut ne semble pas indiquer encore une réaction contre le principe de ces lois : on se départit de la rigueur du droit antérienr parce que dans nos paroisses il était difficile de trouver des témoins qui ne fussent pas parents des parties au degré prohibé.

Ce n'est qu'en 1858, par le statut 23 Victoria, ch. 57, que l'on abolit enfin les causes d'exclusions basées sur la parenté et l'intérêt. Il ne resta d'exception que pour les parties et leurs conjoints ; et encore la partie peut-elle être interrogée *comme témoin* par son adversaire, ce qui autrefois n'était permis que par interrogatoires soumis d'avance, sur faits et articles, et sur serment décisoire ou supplétoire ; mais ses réponses ne peuvent servir à la partie interrogée. En Angleterre le statut de lord Denman, 6 et 7 Victoria ch. 85, avait déjà fait disparaître les exclusions, et l'on avait des doutes, avant le statut 23 Victoria. pour savoir si le statut 12 Victoria, ch. 22 avait eu pour effet d'introduire dans nos lois l'acte de lord Denman en matière de lettres de change et de billets promissoires.

Depuis le Code les dernières causes de reproche ont presque toutes disparu. Le statut 35 Victoria, ch. 5, admet le témoignage du conjoint de la partie quand il a administré ses biens ou ses affaires. Enfin le statut 54 Victoria, ch. 45, admet la partie elle-même à rendre témoignage en sa propre faveur dans les affaires commerciales.

20. Une des causes qui ont contribué aux changements sur la preuve testimoniale, est que nos statuts ont remplacé le système d'enquêtes du droit français par un système qui ressemble beaucoup au procès par jury, mais encore plus simple. Comme dans le procès par jury, l'enquête se fait publiquement et non seulement les parties y sont admises, mais encore la conduite de l'enquête et l'examen des témoins est laissé à leur initiative. La production de la preuve est affranchie des préliminaires qui existent dans le droit français et même dans le procès par jury. Ainsi l'enquête a lieu de plein droit, sans qu'un jugement l'ordonne et en fixe les limites, sans même que les faits soient définis. L'exclusion des témoins se décide au cours de l'enquête, de même que l'exclusion du mode de preuve, ou de la preuve de faits étrangers à la cause et toutes autres objections qui peuvent être faites. Le juge n'intervient que pour décider les questions soulevées par les parties elles-mêmes, tout en conservant cependant la direction de la procédure. Les parties ayant toute liberté d'éprouver les témoins au moyen des *transquestions*, il est moins dangereux d'admettre le témoignage de témoins intéressés.

La preuve testimoniale est donc réduite strictement aux matières où elle est indispensable ; mais une fois admise, elle se fait par toutes personnes indifféremment et un seul témoin suffit pour prouver un fait, sauf au juge à ne tenir compte des témoignages que s'il les trouve dignes de foi. Ainsi la loi tend à cet idéal de la justice qui est de rendre à chacun son dû en employant tous les

moyens de parvenir à la connaissaance des faits, n'en rejetant aucun lorsqu'il n'a pas été au pouvoir de la partie de s'en procurer un meilleur.

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Des Principes qui régissent la preuve par témoins.

SOMMAIRE

21. Application des lois sur la preuve.
22. Règle générale sur l'admission de la preuve par témoins avant le Code.
23. Règle depuis le Code.
24. Pratique dans les cas douteux.

21. Les règles sur la preuve sont placées dans le Code Civil sous le titre des obligations. Les codificateurs ont imité en cela le Code Napoléon, et ce dernier a suivi l'exemple de Pothier, qui parle de la preuve à la fin de son traité des obligations. Cependant les faits dont naissent les obligations ne sont pas les seuls faits dont la preuve puisse être requise devant les tribunaux ; les droits réels sont soumis aux mêmes règles de preuve.

22. La preuve testimoniale est-elle l'exception ou la règle générale dans notre droit ? Cette question peut avoir son utilité pratique ; car, si la preuve testimoniale est la règle générale on devra l'admettre chaque fois qu'il y a doute, et ce sera à celui qui s'y oppose à démontrer

sa prétention et non pas à celui qui veut produire des témoins.

Le droit naturel n'exclut aucun moyen de parvenir à la connaissance de la vérité. Dans le droit romain on admettait généralement la preuve testimoniale, et ce n'est que pour des cas particuliers qu'on a restreint ce genre de preuve. Dans le droit français, jusqu'aux ordonnances de 1566 et de 1667, sauf les causes de reproche, qui n'affectent pas en principe, la question de l'admissibilité de la preuve par témoins, on l'admettait en règle générale, et, même dans certaines coutumes de préférence à la preuve écrite. Les restrictions apportées plus tard à la preuve par témoins sont donc des dérogations au droit commun.

Les termes des ordonnances de 1566 et de 1667 ne sont pas les mêmes que ceux de notre Code ; au lieu de faire une énumération restrictive des cas où la preuve par témoins est admise, on énonce simplememt qu'à l'avenir la preuve par témoins sera exigée dans certains cas déterminés. C'était, dans les termes même, créer une exception à la règle qui admettait la preuve testimoniale en général. Quant à savoir si ces dispositions ont eu pour effet d'exclure la preuve testimoniale dans la plupart des cas, ce serait très difficile à dire. L'ordonnance exclut les témoins quand il y a un écrit et quand le montant en litige excède cent livres en matière de convention seulement. Sont-ce là les cas les plus nombreux en pratique ? On serait porté à le croire si l'on considère que dans la plupart des procès l'on entend des témoins. Mais cette considération n'est pas d'un grand poids.

23. Malgré ces raisons, d'après la rédaction des articles du Code sur ce sujet, il paraît évident que le Code Civil a renversé la règle générale et fait de la preuve par témoins un moyen exceptionnel de preuve.

D'après le paragraphe 5 de l'art. 1233, la preuve testimoniale est admise dans le cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite, et la preuve testimoniale n'est pas admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit (C. C. 1234). Il y a plus : l'article 1233, au lieu d'énoncer quels sont les cas où l'on n'admettra pas ce genre de preuve, énumère au contraire les cas où cette preuve est admissible, et cette énumération est certainement restrictive, car l'article ajoute : " dans tous les autres cas la preuve doit se faire au moyen d'écrits ou par le serment de la partie adverse. " Ceci paraît concluant. Et le paragraphe 1er de cet article admettant la preuve testimoniale dans les affaires de commerce, il se trouve que l'article 1235, qui restreint la preuve en matière de commerce, est une exception à une exception.

Ajoutons que, si les articles du Code ne sont pas donnés comme droit nouveau, les codificateurs dans leur rapport ont exprimé formellement l'opinion que la preuve par témoins est exceptionnelle et cette déclaration des codificateurs est une interprétation de l'article 1233 qui ne peut laisser de doute. On devrait donc rejeter la preuve testimoniale chaque fois qu'il n'est pas démontré que les faits à prouver tombent dans quelqu'une des exceptions faites par le Code.

24. Nos tribunaux sont plutôt portés à admettre la preuve qu'à la rejeter. C'est probablement parce que le principe qu'une loi d'exception doit être interprétée strictement se trouve ici en conflit avec cet autre principe qui veut que les lois contraires à la liberté du sujet ne soient pas étendues. Ce principe d'équité naturelle doit-il l'emporter sur l'autre ? Quoiqu'il en soit, en pratique, la cour ne rejette la preuve que sur objection de la partie adverse, bien loin d'exiger la démonstration préalable que la preuve est admissible. (*infra.* No. **97**.). Cependant si la partie adverse exigeait qu'il fut démontré d'abord que la preuve est admissible la cour devrait lui donner raison.

En résumé le principe qui régit toute la question de la preuve testimoniale dans notre droit est celui qui établit la supériorité de la preuve écrite sur la preuve testimoniale. De ce principe fondamental la loi fait deux applications principales : la première exclut absolument la preuve par témoin en règle générale : la seconde veut qu'entre une preuve écrite et une preuve par témoins on préfère la première à la seconde.

CHAPITRE DEUXIÈME

PREMIER PRINCIPE

EXCLUSION ABSOLUE DE LA PREUVE TESTIMONIALE

SECTION I

Considérations générales

SOMMAIRE

25. Des faits juridiques et des faits matériels.
26. Des faits mixtes.
27. Des cas où la preuve écrite est impossible.
28. Des exceptions au principe général.

25. La prohibition générale de la preuve par témoins reçoit exception dans les cas énumérés dans l'article 1233 du Code Civil. Dans tous les autres cas la preuve se fait au moyen d'écrits ou par le serment de la partie adverse. Pour comprendre l'étendue et la portée de cette prohibition il faut se rendre compte de la nature des faits à prouver, car il en est qui, en général, échappent par leur nature à la constatation par écrit ; d'autres dont il est possible en général d'avoir une preuve écrite. Ces derniers sont

les faits juridiques ; les autres sont des faits purs et simples, ou matériels.

Un fait juridique est tout fait de l'homme qui a pour objet de créer, de changer, ou de détruire des rapports juridiques. Les faits purs et simples, ou plutôt, suivant l'expression de Laurent, les faits matériels, peuvent créer ou changer des rapports juridiques accidentellement, mais ils n'ont pas nécessairement cet effet, et surtout ils n'ont pas cet objet. Ainsi je construis une maison, c'est un fait pur et simple ; il n'a pas pour objet de faire naître ou d'éteindre des droits ; cependant si en construisant je prive mon voisin d'une servitude de vue qu'il a sur mon terrain, je porte atteinte à son droit et mon acte a un effet juridique ; cependant c'est toujours un fait pur et simple et la preuve peut s'en faire par témoins.

Il n'y a que les faits juridiques, en effet, dont la preuve par témoins soit prohibée en général. La raison en est évidente, c'est que les autres ne peuvent pas être constatés par écrit et les lois sur la preuve, comme les autres lois, respectent toujours cette règle d'équité naturelle qu'à l'impossible nul n'est tenu. La preuve doit donc se faire par les moyens qu'il a été possible d'employer, et la règle pourrait en être formulée comme suit : la preuve par témoins est prohibée, sauf pour prouver les faits matériels et pour les faits juridiques dont il a été impossible de se procurer une preuve écrite.

La prohibition générale de la preuve par témoins n'est pas exprimée directement dans le Code. C'est en énonçant les exceptions à ce principe que le Code en fixe l'étendue

et la portée. L'ensemble des articles sur la preuve réduit l'application de la prohibition aux limites que nous lui avons assignées.

C'est aussi l'interprétation qu'on lui donnait dans l'ancien droit, beaucoup moins explicite sur ce point que le Code lui-même. L'Ordonnance de 1667 disait à peu près dans les mêmes termes : " seront passés actes devant notaire *de toutes choses* excédant la somme ou valeur de cent livres." Ces expressions, d'après tous les auteurs, n'avaient en vue que les matières de convention, ou plutôt, les choses dont on peut passer acte comme les contrats, les paiements.

Parmi les faits matériels dont la preuve peut être requise devant les tribunaux les plus fréquents sont le fait de la possession, l'identité d'un individu, la possession d'état. Les événements de la nature sont aussi des faits matériels et peuvent également se prouver par témoins.

26. Un fait peut être composé de deux éléments distincts, l'un juridique et l'autre matériel ; il faut alors décomposer l'acte et prouver chaque élément suivant les règles propres à chacun. Par exemple, je plaide prescription acquisitive et je veux prouver que j'ai possédé pendant le temps voulu ; à cela vous répondez que j'étais votre locataire et que, par conséquent, je n'ai pas possédé *animo domini*, je pourrai prouver le fait de ma possession par témoins, mais il ne vous sera pas permis de faire entendre des témoins pour établir le rapport juridique de

locateur à locataire que vous prétendez avoir existé entre nous. Dans une action en dommages-intérêts résultant de la violation d'un contrat, je pourrai prouver par témoins la violation du contrat, mais le contrat lui-même doit être prouvé par écrit si le montant dépasse cinquante piastres.

27. L'article 1233 énumère quatre cas où la preuve par témoins est permise, qui ne sont pas véritablement des exceptions à la règle générale telle que nous l'avons formulée au numéro **25**.

En effet, l'occupation de biens fonds avec la tolérance du propriétaire et sans bail, tel que pourvu au titre de louage, est un fait matériel. (C. C. 1233, par. 3)

Les deux exceptions suivantes sont contenues dans les paragraphe 4 et 5 de l'article 1233. " 4o Dans le cas de dépôt nécessaire, ou de dépôt fait par des voyageurs dans une hôtellerie, ou autres cas de même nature ; 5o. Dans le cas d'obligation résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits, et dans tout autre cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite. " Tous les cas énumérés dans ces deux paragraphes sont fondés sur ce qu'il y a eu impossibilité d'avoir une meilleure preuve ; l'énumération n'est pas limitative et tout autre fait pourrait également se prouver qui serait dans le même cas.

Enfin le 6e paragraphe de cet article dit : " Dans les cas où la preuve écrite a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, et ne peut être produite." Ici, il n'y a évidemment pas déroga-

tion à la règle ; on exige la preuve de l'écrit et de son contenu, ou du fait qu'on a préalablememt prouvé avoir été constaté par écrit : et si l'écrit n'avait pas existé on ne permettrait pas la preuve par témoins. On n'est donc pas dispensé de l'écrit, on est dispensé seulement de le produire ; c'est encore une autre forme d'affirmer la nécessité de l'écrit.

28. La distinction que nous avons établie entre les faits juridiques et les faits matériels cesse d'avoir effet et la règle qui exclut la preuve testimoniale des faits juridiques reçoit exception dans quatre cas ; ainsi la preuve testimoniale est admise :

1o. De tout fait relatif à des matières de commerce. (C. C., 1233, par. 1).

2o. Dans toute matière où le principal de la somme ou la valeur demandée n'excède pas cinquante piastres. (C. C. 1233, par. 2).

3o. Lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. (C. C. 1233, par. 7).

4o. Avec le consentement de la partie adverse.

Une cinquième exception consiste dans l'exclusion de la preuve testimoniale dans les matières de question d'état.

Quant aux deux premières exceptions s'il n'est pas matériellement, ni même moralement impossible d'avoir une preuve écrite dans tous les cas, il serait impraticable de l'exiger dans les contrats pour des sommes modiques et dans les affaires de commerce, qui, en général, re-

quièrent célérité. Le commencement de preuve par écrit est une mitigation de la rigueur du principe. L'écrit requis corrobore la preuve par témoins. Quant au consentement de la partie adverse, il est basé sur cette considération qu'il n'y a pas besoin de prouver ce que la partie admet.

Les naissances et les décès sont des faits matériels, des événements de la nature, qui, d'après la règle générale, devraient se prouver par témoins. La nécessité de tenir les registres de l'état civil, la facilité des fraudes ont forcé le législateur à créer une règle exorbitante du droit commun et à exiger la preuve écrite. Nous verrons cependant qu'elle est soumise à des règles toutes spéciales que nous examinerons à part. (*infra* no. **101** et suiv).

Nous allons d'abord examiner la première classe d'exceptions, celle qui n'affecte pas la règle telle que posée, et qui conprend les cas ou la preuve écrite est impossible. Nous étudierons ensuite les cas où la preuve par témoins est permise par exception véritable au principe général, c'est-à-dire les cas où il s'agit de faits juridiques dont on eût pu se procurer une preuve écrite.

SECTION II

CAS OU LA PREUVE ECRITE EST IMPOSSIBLE

---

§ I.

Bail présumé

SOMMAIRE

29. Ce que c'est que le bail présumé.
30. Des faits qu'on peut prouver par témoins.

29. La première exception de cette nature énoncée dans l'article 1233 du Code Civil se trouve dans le 3e paragraphe de cet article : 3. " Dans les cas où des biens fonds sont occupés avee la permission du propriétaire et sans bail tel que pourvu au titre du louage. "

Cette disposition n'existe pas dans le Code Napoléon. Le cas dont il s'agit est un simple fait matériel, l'occupation d'un immeuble. Il est donc parfaitement dans l'esprit général de nos lois sur la preuve d'en admettre la preuve par témoins. Ce n'est pas un bail tacite, bien qu'il soit assez difficile dans la pratique de distinguer entre l'occupation par tolérance et le bail tacite, et bien que le premier puisse facilement dégénérer en un bail tacite Par exemple, s'il y a eu auparavant des pourparlers entre le propriétaire de l'immeuble et celui qui veut l'occuper, si les conditions du loyer sont connues de lui, et qu'il prenne possession de l'immeuble, il sera difficile d'interpréter cette prise de possession autrement

que comme une ratification des offres de location. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici, et le Code donne tous les effets d'un bail à un acte qui n'a rien de contractuel. C'est l'article 1608 du Code Civil qui règle cette matière : " Ceux qui occupent des héritages par simple tolérance du propriétaire, sans bail, sont réputés locataires, et tenus de payer la valeur annuelle de tels héritages. " etc, Ce n'est pas un bail tacite, c'est un bail présumé.

30. La preuve par témoins s'applique-t-elle au fait de l'occupation seulement, ou bien aux autres obligations et aux conséquences qui en découlent ? Une fois l'occupation accomplie, elle fait naître les effets d'un véritable contrat, d'un bail. Ainsi le propriétaire, non plus que l'occupant, ne peuvent mettre fin au bail présumé sans en signifier congé (C. C. 1647). Ce congé pourra-t-il être prouvé par témoins? Si on l'admet, pourquoi ne pas admettre aussi que le paiement de la valeur du loyer pourra être prouvé par témoins ? Les deux obligations découlent du fait de l'occupation et les deux actes sont obligatoires au même titre. Mais il n'y a aucune raison de dispenser de la preuve écrite dans aucun des deux cas ; car ce sont deux actes juridiques et non plus de simples faits, comme l'occupation.

L'admission de la preuve testimoniale dans le cas du 3. alinéa de l'article 1233 rentre donc dans les principes généraux que nous avons déjà exposés et doit être restreinte au seul fait de l'occupation.

---

§. 2.

Dépôt nécessaire

SOMMAIRE

31. Application de la règle.
32. Dépôt entre les mains de l'hôtelier.
33. Dépôt de bagages personnels entre les mains du voiturier

31. La preuve testimoniale est admise " dans les cas de dépôts nécessaires ou de dépôts faits par des voyageurs dans une hôtellerie, et autres cas de même nature, " dit le paragraphe 4 de l'article 1233.

La preuve des dépôts nécessaires a toujours été favorisée, et avec raison, bien que le dépôt soit un acte juridique. C'est encore sur le principe qu'il y a eu impossibilité d'avoir une preuve écrite. Ce n'est souvent qu'une impossibilité morale, mais elle suffit dans l'opinion de tous les auteurs. D'ailleur le Code ne limite rien, il s'en rapporte à la définition du dépôt nécessaire contenue dans l'article 1813 : " Le dépôt nécessaire est celui qui a lieu par une nécessité imprévue et pressante provenant d'un accident ou de force majeure, comme dans le cas d'incendie, pillage, ou autre calamité soudaine. " L'article 1348, par. 2, du Code Napoléon, énonce spécialement les cas d'incendie, ruine, tumulte, ou naufrage, et ajoute : " le tout suivant la qualité des personnes et les circontances du fait." Ceci doit servir de direction pour admettre ou rejeter la preuve par témoins ; dans notre droit, la preuve doit être admise dans tous les cas ; mais la qualité des personnes et les

circonstances du fait n'en doivent pas moins être prises en considération par le juge pour apprécier la preuve.

32. Avant l'Ordonnance de 1667 le dépôt entre les mains de l'hôtelier avait été assimilé par la jurisprudence au dépôt nécessaire. L'ordonnance l'a inclus dans ses dispositions et notre Code l'a reproduit. Il n'y a que les voyageurs qui peuvent invoquer ce privilège ; l'impossibilité d'avoir un écrit est, en effet, encore moins grande que dans le dépôt nécessaire véritable ; et la rapidité du voyage, le fait que le voyageur est un étranger généralement, qu'il n'a pas absolument le choix de l'hôtel, ou les connaissances voulues pour choisir, font que sa position seule peut être réellement assimilée à la position de celui qui est forcé par la nécessité.

Ce paragraphe de l'article 1233 n'est que la conséquence de l'article 1814 qui assimile le dépôt fait par un voyageur dans ces conditions au dépôt nécessaire, à toutes fins que de droit.

33. Notre Code ajoute : " et autres cas de même nature." Ce qui a pour effet de trancher une question que se posent les auteurs français et qu'ils décident dans le sens contraire à notre droit. Ils se demandent si l'on doit permettre la preuve par témoins du dépôt fait par les voyageurs entre les mains du voiturier ; mais le Code Napoléon ne contient pas de disposition qui permette d'assimiler ce dépôt à celui fait entre les mains de l'hôtelier. Dans notre droit il n'y a pas de doute que la preuve testimoniale est permise. Remarquons cependant que la règle ne s'applique que pour les bagages personnels du voya-

geur, tel que limitée dans l'article 1667. Dans ces conditions la preuve doit être permise à plus juste titre que dans le cas d'un dépôt fait dans une hôtellerie, car les rapports entre le voyageur et le voiturier sont encore plus rapides et permettent moins de faire des écrits.

---

§ 3.

Des quasi-contrats

SOMMAIRE

34. L'énumération du paragraphe 4 de l'article 1233 n'est pas rigoureuse.
35. Du paiement de l'indu.
36. Destruction du titre de la dette payée indûment.
37. De la gestion d'affaires.
38. Preuve des actes de gestion.

34. Les cas où la preuve testimoniale est permise d'après le 5me. alinéa de l'article 1233 sont les plus nombreux et les plus importants au point de vue du principe qui règle cette matière. Ce sont " les cas d'obligations résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits et dans tout autre cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite. "

L'énumération donnée dans cet article laisse évidemment place pour tous les cas analogues qui n'y sont pas contenus ; le principe général y est expressément reconnu dans les derniers mots : " et tout autre cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite. " Il y a

plus encore : les cas mentionnés sont plutôt des exemples que des applications rigoureuses de l'exception ; en énumérant ces exemples les codificateurs ont indiqué leur intention de créer exception dans ces cas lorsqu'ils ne sont pas susceptibles de preuve écrite ; mais pas autrement, d'après les derniers mots, qui qualifient ceux qui précèdent.

Le Code Napoléon, beaucoup plus explicite en apparence sur ce point, semble limiter l'admission de la preuve par témoins aux différents cas qu'il énumère dans autant d'alinéas séparés et sans les résumer dans une même phrase avec les autres cas où la partie n'a pu se procurer une preuve écrite, comme le fait notre Code Civil. Quant à ce dernier cas il le limite (C. N. 1348) " aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. " Cependant il est admis par tous les auteurs que l'énumération contenue dans l'article 1348 du Code Napoléon ne donne que des exemples, et peut être étendue on restreinte suivant les circonstances.

35 Il suit de là que parmi les deux quasi-contrats spécialement prévus par le Code Civil (C. C. 1043, 1047) il en est un, le quasi-contrat qui résulte du paiement de l'indû, que l'on ne peut prouver par témoins à moins que le montant ne dépasse pas cinquante piastres. Il ne serait pas nécessaire de le dire si l'article 1233 n'était pas rédigé de manière à faire croire autrement. Le paiement de l'indû, comme tout autre paiement, a dû être constaté par écrit quand il a été fait, et la partie ne pourrait pas se prévaloir de sa négligence pour en imposer la preuve par

témoins. La loi n'a pas de faveur pour les négligents, et ce serait une double faveur que de permettre à celui qui commet une erreur en payant ce qu'il ne doit pas, puis une négligence en ne prenant pas de reçu, de faire ce qui n'est pas permis à celui qui a payé une dette légitime ; et dans le premier cas, il s'agit de charger quelqu'un d'une dette ; dans le second, il ne s'agit que de repousser une demande.

36. Lorsque le titre a été anéanti, (par exemple un billet promissoire remis par le créancier sur paiement est détruit), celui qui a ainsi payé une dette qu'il ne doit pas ne peut plus se faire rembourser par le créancier qui a reçu son argent (C. C. 1048) ; et pour exercer son recours contre le véritable débiteur il lui faut établir la dette : pourra-t-il le faire par témoins ? C'est l'opinion des auteurs français et elle parait d'autant mieux justifiée dans notre droit que, pour le cas de perte du titre, notre Code Civil emploie les mots " par cas imprévu " (C. C. 1233 par. 6) au lieu des mots " par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure " employés dans le Code Napoléon (C. N. 1348). En effet celui qui a payé indûment n'était pas partie au titre originaire de la dette, par conséquent il n'a pu, lui, s'en procurer une preuve écrite ; mais l'eût-il été qu'il lui serait permis de le prouver, en alléguant que le titre est perdu par cas imprévu.

37. Le quasi-contrat de gestion d'affaires doit nécessairement se prouver par témoins, car s'il avait été fait un écrit entre le gérant et le maître ce serait un mandat et non plus une gestion d'affaire. Il est difficile de distin-

guer entre le mandat tacite et la gestion d'affaires, mais la distinction, une fois admise, entraîne des résultat bien différents quant à la preuve, car le mandat tacite ne peut pas se prouver par témoins.

S'il manquait quelqu'une des conditions requises pour qu'il y eut gestion d'affaires, il pourrait toutefois exister une action (*de in rem verso*) ; dans ce cas encore la preuve par témoins doit être nécessairement admise car il y a impossibilité de se procurer un écrit.

38. Une fois l'existence du quasi-contrat prouvée, se présente la question de savoir comment se fera la preuve des faits particuliers de gestion. Ici il faut distinguer si c'est le gérant qui demande à les prouver ou le maître. Le gérant n'est pas admis à prouver ces actes par témoins, *v. g.* un paiement par lui fait pour les affaires du maître, parce qu'il a été partie à ces actes et qu'il n'a tenu qu'à lui de prendre quittance. Il n'en est pas ainsi du maître, il ignorait le paiement fait au gérant ou par le gérant et n'a pas pu faire rédiger d'acte. Il sera donc admis à prouver par témoins contre le gérant les actes de gestion.

---

§ 4.

Des délits et quasi-délits

SOMMAIRE

39. Eléments matériels et éléments juridiques des délits et quasi-délits.
40. Effet du jugement au criminel sur l'action civile.
41. Preuve de l'élément juridique.
42. Réponse à l'objection *ab inconveniente.*

39. Les délits et quasi-délits sont les cas où il était le plus nécessaire d'admettre la preuve testimoniale, car si il y a des actes que les parties ne tiennent pas à rédiger ce sont bien ceux qui constateraient leurs méfaits ou leurs torts. Quant à la partie qui en souffre, ce serait une dérision que d'exiger d'elle la preuve écrite d'un acte auquel elle n'a pas consenti. Au point de vue de la preuve, la loi ne fait aucune différence entre les délits et les quasi-délits.

Il y a des délits et des quasi-délits qui supposent l'existence d'un fait juridique, d'un acte conventionnel. Ainsi le délit commis par un agent en cette qualité, un détournement de fonds, suppose le fait de l'agence qui, lui, doit être prouvé suivant les règles générales de la preuve, c'est-à-dire, par écrit si le montant dépasse cinquante piastres.

40. En France, les règles de la preuve établies par le Code Napoléon s'appliquent en matière criminelle aussi bien qu'en matière civile ; tout dépend de la nature des faits à prouver. En faisant la preuve d'un délit qui

suppose l'existence d'un fait juridique, le ministère public est donc tenu de prouver le fait juridique par écrit.

Dans notre droit il n'en est pas ainsi, les règles du droit anglais seules s'appliquent en matière criminelle, et nous avons vu que la preuve par témoins est admise en général dans le droit anglais. Par conséquent il peut arriver qu'une personne soit convaincue dans une poursuite au criminel du crime de détournement de fonds (*embezzlement*), alors que si elle eût été poursuivie en remboursement de la somme détournée, on n'eût pu obtenir jugement à cause de la défense de prouver l'agence par témoins. Mais l'action en remboursement peut être prise et devrait l'être raisonablement après la condamnation au criminel, et alors il y a chose jugée contre le défendeur sur le fait du détournement ; car la chose jugée en faveur du ministère public existe en faveur de tout le monde et contre tout le monde. Le demandeur sera donc dispensé de faire la preuve du délit qu'il allègue, sans que le défendeur puisse prétendre que le fait n'est pas constaté légalement au point de vue des obligations civiles qui en découlent, parce que cette preuve a été faite par témoins.

Le droit privé doit ici céder au droit public : il serait immoral que le coupable après avoir été convaincu publiquement de son crime et avoir subi son châtiment pût jouir ensuite du fruit de ses méfaits.

Malgré les principes différents qui régissent le droit civil et le droit criminel, la législation civile et criminelle, publique et privée, doit être considérée comme un

tout et interprétée par l'ensemble. S'il y a des différences on doit considérer qu'il y a exception, et non contradiction, et dans un cas semblable à celui qui nous occupe, la raison publique doit l'emporter sur l'intérêt privé.

41. Quand le fait conventionnel qui fait partie du délit a eu lieu dans les conditions ordinaires, la question de l'admissibilité de la preuve testimoniale pour l'établir ne souffre pas de difficultés ; elle est admise ou rejetée suivant la valeur en question dans la convention. Mais si le contrat est nié et que je n'en aie pas de preuve écrite, mais que je prétende avoir été induit à passer le contrat par des manœuvres frauduleuses, serai-je admis à faire la preuve par témoins ? Le dol peut se prouver par témoins : mais ici ce n'est pas le dol qu'il s'agit de prouver, c'est l'existence du contrat. Or de ce que le contrat a été consenti par suite de manœuvres frauduleuses, il ne s'ensuit pas qu'il y a eu impossibilité de le constater par écrit. On ne pourrait donc pas, sous le couvert du délit et du dol invoqués, prouver par témoins un fait juridique dont il a été possible de se procurer une preuve écrite. Ainsi le dépositaire dispose à son profit du dépôt que je lui ai confié ; je veux prouver le dépôt, qui est un contrat, par témoins en prétendant que l'on m'a trompé pour l'obtenir ; je ne le puis

42. A ceux qui diraient que c'est favoriser la fraude on pourrait répondre avec Laurent : " après tout, les lois sont impuissantes à protéger la bonne foi contre le dol. C'est à la bonne foi à user du droit que la loi lui donne :

on doit refuser de traiter avec celui qui refuse de traiter par écrit. " " Cette rigueur blesse le sens moral, mais n'oublions pas que la preuve testimoniale peut aussi devenir une arme dangereuse entre les mains des fripons : ne pourraient-ils pas, de complicité avec de faux témoins, alléguer un dépôt qui n'a jamais été fait ? Quand de toutes parts il y a danger de fraude, le plus sûr est de s'en tenir à la loi." (19 Laurent, nos. 559 et 560)

D'ailleurs cette rigueur de la loi ne va pas jusqu'à défendre la preuve du fait quand il n'est pas conventionnel, c'est-à-dire consenti. Je vous montre un objet pour inspection et vous refusez de le rendre : rien ne s'oppose à ce que je prouve ce fait par témoin, ce n'est pas un dépôt, je ne vous ai pas *confié* l'objet pour l'emporter, je vous l'ai simplement laissé voir, et c'est un véritable vol que vous commettez en l'emportant. Je puis donc en faire la preuve par témoins d'après les principes généraux.

---

§ 5.

De quelques autres cas non mentionnés dans le Code

SOMMAIRE

43. Défaut de preuve écrite par convenance ou usage.
44. La prohibition ne s'applique pas aux tiers.
45. Erreur, démence, ivresse et violence.
46. Dol dans la convention.
47. Dol dans la rédaction de l'écrit.
48. Simulation simple.
49. Simulation en fraude de la loi.
50. Inscription en faux.
51. Possession des immeubles.
52. Possession et propriété des meubles.
53. Critique de quelques jugements.
54. Don manuel.
55. La preuve contraire est de droit.
56. Preuve des lois étrangères.

43. Les autres cas où la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite sont illimités. L'impossibilité dont parle l'article de notre Code n'est pas nécessairement une impossibilité physique ; une impossibilité morale suffit, et parmi les cas énumérés par le Code quelques uns ne supposent qu'une impossibilité de cette sorte, comme le cas de dépôt des bagages par un voyageur dans une hôtellerie.

Les questions de délicatesse n'ont rien à faire dans le droit, et, par conséquent, le subalterne qui traite avec son supérieur, l'enfant qui fait un contrat avec son père, ne

seraient pas admis à prouver la convention par écrit sous prétexte qu'il eut été trop délicat de demander un écrit, que cela eut paru un manque de confiance et de respect. On ne pourrait pas non plus se prévaloir de l'usage généralement suivi de ne pas constater par écrit les achats de fourniture en détail, et autres actes de la vie journalière. D'ailleurs ces achats sont ordinairement des affaires de commerce.

44. Ceux qui ne sont pas parties aux contrats sont toujours admis à les prouver par témoins : ils peuvent toujours, en effet, invoquer l'impossibilité pour eux de se procurer une preuve écrite. Ainsi le créancier hypothécaire postérieur peut prouver par témoins qu'une hypothèque antérieure à la sienne a été payée pour demander que la sienne soit colloquée à sa place. Mais cette faculté n'est pas donnée aux héritiers de la partie au contrat, par ce qu'ils sont liés par les actes de leurs auteurs. Il en serait de même pour celui qui invoque un contrat passé par son agent ou réprésentant.

Cela ne veut pas dire que si les tiers ont fait un écrit on soit dispensé de le produire ; l'article 1204 et le paragraghe 6 de l'article 1233 y ont pourvu ; il faut alors prendre les moyens de le faire produire, et si l'on n'y peut réussir, on sera alors admis à le prouver par témoins. L'exception en faveur des tiers existe quand il n'a pas été fait d'écrit, ou quand il n'apparait pas qu'un écrit a été fait.

45. Lorsqu'une personne invoque pour faire annuler une convention quelqu'une des causes qui vicient le con-

sentement nécessaire pour les former, elle est admise à faire cette preuve par témoins. Ainsi l'état de démence ou d'ivresse dans lequel se trouvait la partie lors de la formation du contrat peuvent se prouver par témoins ; ce sont des faits matériels.

Il faut en dire autant de la violence et de l'erreur, lorsqu'elles sont causes déterminantes du contrat. Il est évident que la violence ne peut pas se constater par écrit. C'est ordinairement d'ailleurs un délit. Quant à l'erreur, ce ne serait plus une erreur si on la connaissait assez pour en dresser acte.

46. Le dol et la fraude peuvent également se prouver par témoins s'ils ont déterminé le contrat. Si la convention est constatée par écrit rien n'empêche cette preuve de se faire par témoins,car attaquer la convention ce n'est pas attaquer l'écrit. L'écrit constate la convention : je ne la nie pas, mais je prétends que je l'ai consentie parce que j'ai été trompé, ce qui est un fait en dehors de la convention n'en fait pas partie. Mais la convention elle-même que j'attaque doit être prouvée d'après la règle générale de la preuve, c'est-à-dire par écrit si le montant du contrat dépasse $50. Nous avons vu ci-dessus (no **44**) que cela est exigé même si la convention est entachée de fraude.

47. Je ne pourrai pas faire la preuve par témoins même si j'allègue que j'ai renoncé à passer acte par suite de manœuvres frauduleuses, de déclarations mensongères, ou de promesses fallacieuses. Celui qui vous trompe pour vous engager à ne pas constater les faits par écrit afin de les contester ensuite, ne va guère plus loin que celui

qui, sans faire aucune promesse, répudie ses obligations parce qu'il n'en existe pas de preuve. Une convention est toujours sujette à l'entente qu'elle sera observée, ou plutôt c'est là l'essence même de l'engagement pris. Et celui qui se laisse duper par de fausses réprésentations et renonce à prendre une preuve écrite est coupable de négligence et ne doit pas compter sur les faveurs de la loi. Le principe qui défend de prouver par témoins ne peut pas être mis de côté pour des cas qu'il dépend de la volonté des parties d'éviter. Cela est nécessaire pour la protection de ceux qui sont plus prudents et qui prennent des écrits.

La preuve des faits qui vicient le consentement peut, *a fortiori*, se faire par témoins, quand ils sont invoqués par des tiers ; et rien n'empêche alors qu'ils prouvent par témoins la convention attaquée si elle n'est pas constatée par écrit.

48. Un contrat peut être simulé et inexistant dans son entier, ou en partie seulement pour le faire paraître autre qu'il n'est en réalité. Si la simulation est invoquée par l'une des parties qui l'a consentie elle ne peut en général se prouver par témoins, car la simulation est un acte juridique et rien n'empêche les parties de la constater par une contre-lettre. Dans un acte de vente je vous donne quittance pour le prix de vente, reconnaissant que le prix a été payé. Si plus tard je ne puis vous livrer ce que je vous ai vendu et que vous me poursuiviez en remboursement du prix, je ne pourrai pas prouver par témoins que le paiement n'a pas eu lieu réellement, que la quittance est

simulée, parce que j'aurais pu prendre une contre-lettre pour me protéger.

49. Quand la simulation a lieu pour éluder les dispositions d'une loi prohibitive, en fraude de la loi, comme disent les auteurs, la preuve par témoins est permise. Ici la raison d'ordre public l'emporte sur toute autre considération. Par exemple, voulant éluder la loi qui refuse tout recours pour dette de jeu, je vous consens un billet énonçant une cause d'obligation différente. Si vous me poursuivez sur le billet, je pourrai prouver par témoins que le billet a été consenti pour une dette de jeu et que la cause énoncée est fausse. La raison n'est pas qu'il y a eu impossibilité d'avoir une preuve écrite ; cela ne suffirait pas, car il faudrait encore trouver une raison pour mettre de côté l'écrit, et il serait difficile d'en trouver une, sinon que les lois prohibitives doivent recevoir leur sanction, qui est la nullité de l'acte qui y contrevient, et que la nullité serait illusoire si la preuve testimoniale n'était pas admise ; car ce serait un moyen trop facile d'éluder la loi que de dresser un écrit simulé. Laurent nous semble oublier le véritable principe, quand il exige, pour admettre la preuve de simulation par témoins, que la preuve par écrit ait été impossible (19 Laurent, nos, 594 et suiv.). Aussi admet-il que la jurisprudence et les auteurs sont d'opinion contraire ; et il est forcé d'admettre qu'il y a eu impossibilité d'avoir une contre-lettre quand cet écrit eût constaté la nullité de l'obligation en énonçant qu'elle était illégale, ce qui est loin d'être évident. Les auteurs français invoquent surtout le motif que la simulation dans ces cas est une *fraude contre la loi*,

et que ce genre de fraude est soumis aux mêmes règles que la fraude contre les personnes. Il nous semble que c'est jouer sur les mots. Aubry et Rau, après avoir épuisé tous les arguments dans une longue discussion sur ce point, finissent par dire que l'argument tiré de la raison d'ordre public paraît péremptoire (8 Aubry et Rau, par. 765, note 28.).

Les héritiers des parties ont les mêmes droits que les parties elles-mêmes. Quant aux tiers il leur est toujours permis de prouver par témoins la simulation, parce qu'à toutes les autres raisons s'ajoute celle qu'il leur a été impossible d'avoir une preuve écrite.

50. Rien dans tout ce qui précède ne doit être interprété comme dérogeant à l'obligation de l'inscription en faux contre les actes authentiques. Les tiers, non plus que les parties, ne peuvent contredire autrement les parties de l'acte qui énoncent des faits officiellement constatés par l'officier public.

51. La question de la preuve de la possession, simple fait matériel, mais qui entraîne incidemment beaucoup de conséquences juridiques, se présente très souvent dans la pratique. La possession d'un immeuble pendant trente ans sans titre,et pendant dix ans avec titre et bonne foi,permet d'invoquer la prescription acquisitive ; et la simple possession d'un an donne droit à l'action possessoire. Je puis donc prouver le fait matériel de la détention ; quant à la bonne foi elle se présume, et le titre doit se prouver par écrit. La présomption de bonne foi peut être détruite par une preuve écrite ou verbale suivant la nature des faits

qu'on invoque. L'intention de posséder *animo domini* résulte des faits de possession à moins qu'elle ne soit contredite par le titre ; et alors il faut prouver une interversion de titre, ce qui se fait encore par écrit ou par témoins suivant la nature des faits qu'on invoque En général l'interversion de titre est un fait juridique et doit être prouvée par écrit.

52. La propriété des meubles présente de bien autres difficultés. On sait qu'en fait de meubles ; possession vaut titre, maxime qu'il faut bien se garder de prendre à la lettre. Cela veut dire que la possession fait présumer le titre jusqu'à preuve du contraire, et que la possession, continuée pendant trois ans, fait acquérir la propriété dans les cas ordinaires (C. C. art. 2268).

Celui qui revendique, n'ayant pas la possession, est obligé de prouver sa propriété ; or, s'il prouve qu'il a possédé avant le défendeur et qu'il a été dépouillé par lui, cela suffira, avec la preuve d'identité de l'objet, pour qu'il réussisse ; car pour lui aussi possession vaut titre, et possession antérieure vaut titre antérieur, par conséquent, titre préférable. Ces trois faits, possession, dépossession et identité sont des faits matériels et peuvent se prouver par témoins. La propriété se trouve donc entièrement prouvée par témoins.

Mais si le demandeur invoque, pour prouver sa propriété de l'objet, le fait qu'il l'a acheté d'un tiers qui en avait la possession avant le défendeur, et que ce dernier réponde : " ce tiers me l'a vendu à moi-même, et me l'a livré," la question change d'aspect. L'identité n'est pas niée, la possession n'est pas invoquée par le demandeur ; il se

réclame d'un titre, par conséquent, d'un acte juridique ; et si la valeur de l'objet revendiqué dépasse $50, il ne lui sera pas permis de prouver son titre par témoins.

53. La jurisprudence a cependant sanctionné le contraire dans cette province. La question est assez pratique et mérite d'être examinée.

En 1888, dans une cause de la Cour de Circuit, (Sanche vs. Sabourin, 11 L. N. p 218.) l'Honorable juge Wurtele a décidé que la preuve par témoins de la propriété d'un cheval de plus de $50 devait être admise ; et la preuve faite semble avoir été celle de l'achat du cheval. La même chose a été décidée dans une cause de Broadman & Heskin en Cour Supérieure, en 1889, et ce jugement a été confirmé en révision à l'unanimité, (18 L. N. 257.) Enfin dans une cause de Sénécal vs Crawford, la Cour d'Appel renversant le jugement de la Cour Supérieure, rendu par le juge Torrance, a admis la preuve par témoin d'une vente de meubles pour au delà de $50, sous prétexte qu'il s'agissait simplement de repousser la présomption créée par la possession. Sans doute la preuve contraire est toujours de droit, mais alors elle doit porter sur les mêmes faits ; si, à l'encontre de la preuve de possession, j'allègue un titre il me faudra prouver le titre par témoins.

Dans les deux premières causes citées la Cour s'est appuyée sur Pothier et les vieux auteurs français (Pothier, *Prop.* no. 317 ; Guyot. vo *Révend* p. 621 ; Pothier, *Prescrie* no. 205.). Mais du temps de Pothier ces décisions s'appliquaient parfaitement et rentraient dans la règle ordinaire de la preuve. En effet, avant le Code la pro-

priété n'était transportée que par la tradition, où celui qui voulait prouver qu'il était propriétaire d'une chose devait nécessairement prouver qu'il en avait eu la possession, et cette preuve se fait par témoins. Quant à la question de savoir comment il aurait perdu la possession, cela dépendrait entièrement de la nature des faits qui ont amené la dépossession. Dans notre droit actuel la propriété est transportée par la simple convention de sorte qu'il peut arriver qu'une chose m'appartienne bien et que je n'en aie jamais eu la possession. Et alors je devrai prouver le titre que j'invoque par écrit ou par témoins suivant la valeur de la chose revendiqué. Ainsi, dans l'ancien droit comme dans le nouveau, ce n'est que la propriété, ou plutôt la présomption de propriété, qui résulte de la possession qu'on prouve par témoins; autrement dit c'est la possession elle même. La preuve par témoins est admise dans les conditions où l'axiome : "en fait de meubles possession vaut titre " est reconnu. L'autorité de Merlin (*Rep. vs Révend.* p. 403), invoquée dans les causes ci-dessus, est plus sérieuse. Mais l'erreur vient de ce que la question est mal posée. On ne peut pas dire que la propriété se prouve par témoins, la propriété n'est pas un fait et ne se prouve pas ; ce sont les faits sur lesquels repose la propriété que l'on prouve.

54. Le 2e alinéa de l'article 776 dit : "Cependant la donation de choses mobilières, accompagnée de délivrance, peut être faite et acceptée par acte sous seing privé *ou par convention verbale.* "

Il a été jugé que la preuve de telle convention verbale, quel qu'en soit le montant, peut se faire par témoins :

la raison donnée par le Conseil Privé dans une cause de Richer et Voyer (5 R. L. p. 591) est qu'il serait incompatible avec cet article d'exclure le seul moyen de preuve par lequel on puisse établir un contrat de cette espèce.

Ce raisonnement n'est pas d'une logique rigoureuse. Admettant que la preuve par témoins soit pratiquement le seul moyen de preuve de ces sortes de dons, la raison pour laquelle la loi n'exige pas d'écrit pour ces dons manuels est que, la tradition étant nécessaire, celui qui est devenu propriétaire d'une chose en vertu d'un de ces contrats doit nécessairement baser son droit sur la possession ; or la possession est un fait matériel qui peut se prouver par témoins et qui une fois prouvé fait présumer le titre (C. C. 2268).

L'article 776 n'est pas une exception aux lois générales de la preuve ; il n'est qu'une exception à la règle toute spéciale qui requiert un acte notarié pour les donations.

La règle que nous avons donnée ci-dessus (No. **52**) pour la preuve de propriété des meubles s'applique exactement au cas de don manuel. Et le contrat lui-même, qui est un fait juridique, doit se prouver par écrit quand la valeur dépasse $50.

55. La preuve contraire est de droit, c'est-à-dire, au point de vue de la preuve testimoniale, que si un fait peut être prouvé par témoins cette preuve peut également être contredite par témoins. Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, la preuve admise à ce titre, ne doit porter que sur les mêmes faits. Ainsi je poursuis pour la somme de $40 loyer d'un objet que je prétends

vous avoir loué ;vous niez la location de l'objet : il vous sera permis de contredire par témoins la preuve testimoniale que j'avais faite. Mais si, pour contredire cette preuve, vous voulez prouver que je vous l'ai remis en paiement, ou donné, il ne vous sera pas permis de faire cette preuve par témoins ; ce n'est pas la preuve contraire, c'est la preuve d'un fait nouveau. La preuve contraire n'est pas nécessairement, dans le sens où nous l'entendons, la preuve de tout fait incompatible avec le fait prouvé. Il ne faut pas perdre de vue la prohibition de la preuve testimoniale édictée par le Code ; quand la preuve contraire par témoins est admise c'est par application des règles de la preuve, c'est-à-dire sur le seul fait dont la preuve par témoins est permise : et encore, comme nous le verrons, ne serait-elle pas permise si le fait eût été prouvé par écrit.

56. La preuve du droit n'est pas nécessaire. Les tribunaux doivent prendre connaissance des lois et sont cencés les connaître. Mais ceci ne s'entend que des lois du du pays. Si, dans le cours d'un procès, une partie invoque une loi étrangère, par exemple pour interpréter un contrat fait à l'étranger (C. C. art. 8), il devient alors nécessaire de prouver cette loi, car on ne peut pas exiger des tribunaux qu'ils connaissent d'office les lois de tous les pays. Cette preuve peut se faire par témoins. Quoiqu'en apparence il ne soit pas impossible de se procurer une preuve écrite des lois des autres pays, et qu'au contraire c'est le moyen le plus facile de les connaître, la connaissance partielle ou superficielle que l'on peut puiser dans un livre est toujours incertaine ; car on ne connait les

détails que par l'ensemble et cela suppose une connaissance complète de tout le système des lois que l'on invoque. Aussi la preuve de la loi étrangère se fait par témoins, et ces témoins doivent être des personnes possédant les qualifications requises, c'est-à-dire connaissant les lois qu'elles sont appelées à prouver. (Taylor, no. 1197).

---

§ 6.

Cas de perte de la preuve écrite.

SOMMAIRE.

57. Effet de cette règle.
58. Preuve du cas imprévu.
59. Quand l'écrit est entre les mains de la parti adverse, ou d'un tiers.
60. Des faits préalables qu'il faut prouver.
61. A quels écrits la règle s'applique.
62. Si le commencement de preuve par écrit dispense de faire la preuve par écrit.
63. Application de la règle dans le droit anglais.

57. Le paragraphe 6 de l'art. 1233 admet la preuve par témoins " dans le cas où la preuve écrite a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans collusion de la partie réclamante et ne peut être produite."

Ce paragraphe est une exception à la règle générale qui exclut la preuve testimoniale, en autant qu'il n'est pas nécessaire de prouver directement le contenu de l'écrit, comme nous le verrons ci-dessous. Enfin il est, jusqu'à un

certain point une exception à l'article 1234. Ce serait évidemment rendre inutile la règle qui défend de contredire un écrit par témoins que de ne pas exiger la production de l'écrit lorsqu'il en existe un. Cependant il serait injuste de ne jamais permettre cette preuve même quand l'écrit ne peut être produit sans la faute de la partie, car l'écrit peut avoir disparu dans un incendie, ou être entre les mains de la partie adverse qui aurait intérêt à le faire disparaître.

58. Le Code Napoléon a reproduit la règle du vieux droit français en exigeant la preuve préalable de la perte du titre par cas fortuit et force majeure. Notre Code dit seulement "par cas imprévu," Ces mots excluent certainement la preuve testimoniale chaque fois que la partie peut imputer la perte du titre à sa propre négligence ; ce serait trop facile de l'être dans certains cas et trop commode d'éluder la loi par ce moyen. Les auteurs anciens donnaient comme exemple le cas de perte dans un incendie, ou un naufrage. Il faut admettre toute espèce d'accident ou la partie n'a rien à se reprocher ; si l'acte est détruit par suite d'un délit, par exemple si le débiteur auquel je le passe pour inspection en ma présence le déchire, je serai admis à faire la preuve par témoins, car il n'y a là aucun fait imputable à moi-même. Mais si l'acte périt entre les mains d'une personne à qui je l'ai confié en dépôt, ou à titre d'agent, il y a un fait juridique qui doit être prouvé d'après les règles ordinaires de la preuve, c'est la remise du titre, le dépôt ; je ne pourrai le faire s'il s'agit d'une valeur de plus de $50. La ques-

tion d'appréciation de la preuve du cas imprévu est laissée au juge.

59. Si l'acte est entre les mains de la partie adverse, on lui donne un avis de le produire et si elle ne le produit pas, on en fait la preuve par témoins. Celui qui refuse de produire un acte aurait mauvaise grâce à se plaindre que la partie se serve des seuls moyens auxquels il l'a réduite. Si l'écrit est entre les mains d'un tiers qui refuse de le produire, il faut lui faire signifier un *subpœna duces tecum*. Si le tiers refuse de produire l'écrit pour quelque raison valable, alors, on serait admis à faire la preuve testimoniale, car il y a force majeure pour la partie qui a fait tout ce qui était en son pouvoir. Mais si le témoin, refuse sans raison, on ne peut pas faire la preuve ; on n'a recours que contre le témoin pour les dommages qu'il cause par son refus.

60. Il faut prouver la perte du titre par cas imprévu, et par conséquent, sa rédaction ainsi que son contenu ou son rapport avec l'acte juridique allégué. Il serait très difficile de prouver le contenu d'un écrit perdu, aussi la loi n'exige pas cela ; on est admis à prouver par témoins la convention même directement. Ceci résulte de l'article 1233, qui permet la preuve par témoins dans ce cas, sans la restreindre à la preuve du contenu de l'écrit.

61. La règle s'applique aux actes sous seing privé comme aux actes authentiques, et même aux actes solennels comme les testaments et tous les actes où l'écrit est la forme esssentielle du contrat. La difficulté pour les

écrits sous seing privé est qu'ils ne sont pas prouvés, et que la partie ne peut pas être mise en demeure de les nier ou de les admettre. Mais ce n'est qu'un inconvénient de plus, et le juge n'admettra la preuve testimoniale que s'il est satisfait de la preuve de l'existence et de la perte de l'écrit, mais il ne devra pas exiger une certitude aussi grande que si l'écrit était produit, ce serait impossible.

Quant aux testaments et aux actes solennels il faut prouver que les condition requises pour la validité de l'acte ont été remplies. Pour un testament olographe il faut prouver qu'il a été écrit en entier et signé par le testateur lui-même, et de plus quelles en étaient les dispositions, car rien en dehors du testament ne peut valoir comme expression de volonté du testateur.

62. Quand il y a un commencement de preuve par écrit, doit-on permettre la preuve de la convention sans exiger la preuve de la perte par cas imprévu ?

A ne considérer que l'article 1233 il faudrait dire que oui ; car l'article admet la preuve par témoins quand il y a un commencement de preuve par écrit, sans poser aucune condition. Mais l'article 1204 exige la meilleure preuve dont le cas par sa nature soit susceptible, et du moment qu'il apparait qu'un écrit a été dressé, la preuve du contrat implique nécessairement la preuve du contenu de l'écrit, ce qui est prohibé. Il faut le produire, à moins qu'on n'en prouve la perte.

63. La règle qui permet de prouver par témoins quand l'acte a été perdu, existe aussi dans le droit anglais, de même que l'exclusion de la preuve par témoins pour contredire un écrit, mais avec une différence notable. Le droit anglais n'exige pas directement que l'acte ait été perdu par cas imprévu Sans doute, il faut qu'il apparaisse qu'il n'y a pas eu de faute, ou plutôt de mauvaise foi de la part de la partie qui l'invoque, mais on se contente de la preuve que la partie a faite de bonne foi, les recherches nécessaires pour retrouver le document perdu. Ces recherches doivent être faites avec d'autant plus de soin que le document est plus important et de la nature de ceux que l'on a coutume de conserver. Ainsi avant d'admettre la preuve testimoniale d'un acte d'obligation, on exigera que tous les moyens raisonnables aient été essayés pour retrouver l'écrit, parce que le créancier est censé conserver soigneusement un titre de cette nature. Mais s'il s'agit d'un vieux journal, on admettra facilement la preuve de son contenu.

Dans le droit français la distinction repose sur un principe différent, la publication d'un journal étant un fait matériel. Cependant l'article 1204 du Code Civil qui est tiré du droit anglais, modifie sur ce point encore les principes du droit français ; la meilleure preuve étant exigée il faudra produire le journal, ou démontrer qu'on n'a pu le trouver.

Dans le droit anglais la distinction entre les actes juridiques et les actes matériels n'a pas l'importance qu'elle a dans le droit français, car le premier admet la preuve par témoins en général.

Les deux systèmes de preuve partent de deux points différents, et se développent d'une manière distincte, mais sont maintenus assez semblables par l'application de ce grand principe de sens commun qu'à l'impossible nul n'est tenu.

Notre droit s'est visiblement ressenti du contact du droit anglais ; à part les règles positives que les codificateurs en ont tiré, la rigueur des règles qui prohibent la preuve par témoin s'est adoucie dans les termes employés par le Code Civil. Les tribunaux montrent aussi une tendance à l'admettre plus facilement qu'on ne le fait en France, et notre système d'enquête s'y prête plus.

L'intérêt que présentent les règles du droit anglais sur ce point vient de ce que dans les matières de lettres de change, billets promissoires et chèques, les règles de la preuve sont celles du droit anglais comme nous l'avons vu (C. C. 2341, 2345).

SECTION II

CAS OU LA PREUVE TESTIMONIALE EST ADMISE PAR EXCEPTION AU PRINCIPE GÉNÉRAL D'EXCLUSION

§ I.

En matières commerciales.

SOMMAIRE

64. Sources de cette règle.
65. Ventes de meubles.
66. Lettres de change et billets promissoires.
67. Modifications apportées par le Code Civil à l'Ordonnance de 1785.
68. Les Statuts des Fraudes et de Limitation, et l'acte de lord Tenterden.
69. L'article 1235 du Code Civil.
70. Nature de l'écrit exigé par l'article 1235.
71. Jurisprudence sur ce point.
72. Forme de l'écrit.
73. Ventes par encanteur.
74. Interruption de prescription et renonciation à la prescription acquise.
75. Reconnaissances de dettes de mineurs.
76. Représentations ou garanties
77. Ventes d'effets mobiliers.

64. La première exception s'applique aux affaires de commerce. La preuve par témoins est permise de toutes transactions commerciales.

Nous avons vu qu'après l'Ordonnance de Moulins les tribunaux de commerce continuèrent à juger suivant les coutumes des marchands. L'Ordonnance de 1667 sanctionne expressément cet usage. Mais le fondement de cette règle dans notre droit se trouve dans l'Ordonnance de 1785 (25 Geo. III, ch. 2 sec. 10), qui introduit les règles de la preuve suivant la loi d'Angleterre dans les affaires de commerce ; et dans le droit anglais la preuve par témoins est admise en général, sauf quand il existe un écrit.

Les actes de commerce sont ceux qu'on admettait comme tels dans l'ancien droit français. Nous ne ferons que mentionner les statuts qui ont réglé les points controversés de cette question précisément au sujet de la preuve.

65. Le statut 22 Victoria ch. 5. sec. 63 (reproduit par les Statuts Refondus du Bas Canada, ch. 82, sec. 18) dit : " La loi quant à la preuve de tous faits concernant les affaires de commerce, en force dans le Bas Canada s'appliquera à toute vente ou livraison faite par un non commerçant à un commerçant de toutes denrées, produits, effets ou choses ". Ce statut a été reproduit dans un endroit du Code où il n'est guère à sa place, c'est l'article 2260 qui traite des prescriptions " 2260. L'action se prescrit par cinq ans dans les cas suivants :.....5o Pour vente d'effets mobiliers entre non commerçants, de même que entre un commerçant et une personne qui ne l'est pas, ces dernières ventes étant dans tous les cas réputées commerciales ;..... "

Malgré les termes très généraux de l'article il a été décidé que ces ventes n'étaient commerciales que si elles avaient pour objet des choses dont le commerçant fait commerce.

Il y a des décision qui contredisent celles-ci ; mais les premières semblent l'emporter, sinon par le nombre, au moins par l'autorité et la raison. Gagnon et Carle, 12 Q. L. R. 66 ; Guernon et Lacombe, 4. R. L. 385 ; Cox v. Patton, 17 L. C.J. p. 68 et 18 L. C.J. p. 316 ; Gray v. l'Hôp. du Sacré-Cœur, 13 Q. L. R. p. 85 ; v. Leblanc v. Rasconi, 4 R. L. p. 595 ; 42-43 Vic. ch. 18 ; Cassils et Crawford 21 L. C. J. p. 1. Rap. supplémentaire des codificateurs, cité dans cette cause. p. 369.

66. Une matière qui diffère, pour les fins de la preuve, des affaires de commerce et des affaires civiles ordinaires, c'est celle des lettres de change et billets promissoires. L'article 2341 du Code Civil dit : " Dans l'enquête des faits sur action ou poursuite pour le recouvrement de lettres de change tirées ou endossées par des *commercants ou autres*, on doit avoir recours aux lois d'Angleterre qui étaient en force à l'époque mentionnée dans l'article qui précède (le 30 mai, 1849), sans que l'on doive ou puisse faire une preuve additionnelle ou différente à raison de ce que quelqu'une des parties sur la lettre de change n'est pas commerçante.

Par l'article 2346 du Code Civil, ces dispositions s'étendent à la preuve en matière de billets promissoires et par l'article 2354 aux chèques. Les chèques sont assimilés dans notre droit aux lettres de change à l'intérieur.

La nouvelle loi fédérale, " Acte des lettres de change, 1890," a abrogé tous les articles du Code Civil qui traitent des lettres de change et billets promissoires et des chèques, sauf les articles qui se rapportent à la preuve (53 V. Can. ch. 33, sec. 95, et 2e annexe).

Ces dispositions, quant à la preuve en matière de lettres de change et billets promissoires, ont été introduites par les Statuts 12 Victoria, chap. 22, sec. 25, et quant aux non commerçants, 14-15 Vict., ch. 62, sec. 4. La règle de l'article 2341 est une exception à celle de l'article 1206 ; pour les lettres de change et billets promissoires ce ne sont donc pas les lois de la preuve contenues dans le Code Civil qui s'appliquent comme dans les autres affaires commerciales, ce sont les règles du droit anglais.

67. La loi qui introduisait les règles du droit anglais dans les affaires commerciales a donc subi de grandes modification depuis l'Ordonnance de 1785. Aujourd'hui ce n'est plus le droit anglais qui règle cette matière c'est le Code Civil, mais on a incorporé dans le Code Civil les principales dispositions du droit anglais ; celles qui permettent la preuve par témoin en général et celles qui viennent du statut des Fraudes. Le droit français, ou plutôt les règles tirées du droit français se trouvent donc en partie implicitement remises en vigueur par l'application des autres articles du Code aux matières commerciales.

La règle qui permet la preuve testimoniale en matière de commerce reçoit aussi des exceptions. Elles sont énoncées dans l'article 1235 du Code Civil et forment une

des matières les plus difficiles de notre droit ; elles ont donné lieu à une multitude de contestations ici et en Angleterre. L'auteur du statut des Fraudes, lord Nottingham, disait avec orgueil que chaque ligne de ce statut valait un subside ; Taylor à ce propos fait remarquer qu'on pourrait dire aujourd'hui avec encore plus de raison que chaque ligne en a coûté un.

Celles de ces dispositions qui existaient dans le droit anglais en 1785 ont été introduites en bloc dans notre droit par l'Ordonnance 25 Geo. III, ch. 2, Sec. 10, comme faisant partie des règles de la preuve en Angleterre. Après la passation de l'acte de lord Tenterden (9 Geo. IV, ch. 14), le statut 8 Vict. a expressément introduit les disposition de ce dernier statut anglais dans nos lois.

68. La principale disposition du statut des Fraudes, passé en 1677 (29 Charles II, ch 3, intitulé : "Acte pour prévenir les fraudes et les parjures ", déclare qu'aucun contrat pour la vente d'effets ou marchandises (goods wares and merchandise) pour la somme de dix livres sterling ne sera maintenu à moins que l'acheteur n'ait accepté partie des marchandises vendues, et ne les ait reçues, on n'ait donné des arrhes ou payé partie du prix, ou à moins qu'un écrit à cet effet n'ait été signé par la partie qu'on veut rendre responsable, ou par son agent autorisé.

Le statut de Limitation (21 Jacques Ier, ch 16, sec. 3) établissait une prescription de six ans pour certaines dettes y énumérées. Cette disposition a été en force jusqu'au Code Civil qui l'a amendée en rendant uniforme le temps requis pour les courtes prescriptions et l'a fixé

à cinq ans (C. C. 2260). En 1828 lord Tenterden fit passer le statut 9 Geo. 4, ch. 6, qui amende les deux premiers, le statut des Fraudes et le statut de Limitation, de manière à rendre leurs dispositions plus efficaces et à empêcher qu'on élude leurs dispositions. Il y est déclaré que toute reconnaissance ou promesse à l'effet de soustraire une dette à la prescription des actions devra être constatée par écrit, ainsi que toute promesse ou ratification par un majeur des actes faits pendant sa minorité ; le même écrit est exigé pour toute représentation ou assurance en faveur d'une personne pour lui faire obtenir du crédit et il ajoute que l'écrit requis pour la vente d'effets mobiliers sera de rigueur, même si le contrat ne doit être exécuté qu'à une date ultérieure, et même si les effets ne sont pas, lors du contrat, prêts à être livrés. Il s'était produit dans l'application du statut des Fraudes la même chose qu'en France pour l'Ordonnance de Moulins ; les tribunaux n'en appliquaient pas les dispositions chaque fois qu'ils trouvaient un prétexte pour ne pas le faire, entr'autres quand la livraison n'était pas possible immédiatement, dans ce qu'on appelait les *contrats exécutoires* (*executory contracts.*)

69. Le statut canadien 10 et 11 Vict., reproduisit toutes ces dispositions à la fois et elles se trouvent maintenant dans l'article 1235 du Code Civil avec certaines modifications.

" 1235. Dans les matières commerciales où la somme de
" deniers, ou la valeur dont il s'agit, excède cinquante
" piastres, aucune action ou exception ne peut être main-

" tenue contre une personne ou ses représentants sans un
" écrit signé par elle dans les cas suivants :

" 1. De toute promesse ou reconnaissance à l'effet de
" soustraire une dette aux dispositions de la loi relative
" à la prescription des actions ;

" 2. De toute promesse ou ratification par un majeur
" d'obligations par lui contractées pendant sa minorité ;

" 3. De toute représentation, garantie ou assurance en
" faveur d'une personne dans le but de lui faire obtenir
" du crédit, de l'argent ou des effets ;

" 4. De tout contrat pour la vente d'effets, à moins que
" l'acheteur n'en ait accepté ou reçu une partie, ou n'ait
" donné des arrhes ;

" La règle qui précède a lieu lors même que les effets
" ne doivent être livrés qu'à une époque future, ou ne
" sont pas, au temps du contrat, prêts à être livrés."

On remarquera que les codificateurs ont porté le montant à $50, pour plus d'uniformité avec les contrats ordinaires On se place au moment de la passation du contrat pour évaluer l'objet du litige, et non pas au moment de la demande. Ceci n'a jamais fait de doute dans le droit anglais, pour le statut des Fraudes, et notre article laisse la loi intacte sur ce point. Nous verrons qu'il n'en est pas de même en vertu du par. 2 de l'article 1233.

70. L'écrit doit-il être une preuve complète du contrat, ou doit-on admettre ici un commencement de preuve par écrit ?

Ces règles sont tirées du droit anglais où le commencement de preuve par écrit est chose inconnue, du moins dans le sens technique qu'on lui donne dans notre droit ; mais de plus cet article est rédigé dans des termes absolus et qui diffèrent de ceux qu'emploie le Code pour les autres règles de la preuve. L'article dit qu'aucune action ni exception ne peut être maintenue sans un *écrit signé par la partie.* Evidemment ces mots veulent dire autre chose que *commencement de preuve par écrit.* Outre que le commencement de preuve par écrit n'est pas toujours un écrit *signé*, l'article exige que la preuve soit faite par écrit, par conséquent, non pas par écrit pour partie et par témoins pour l'autre.

Le Code ne dit pas ce que doit prouver l'écrit, mais quand il exige la preuve par écrit, c'est évidemment la preuve complète. Dans le cas de l'article 1235, à défaut de règle dans notre Code on peut recourir à l'interprétation donnée par les tribunaux en Angleterre à ce mot *écrit.* C'est en effet une règle d'interprétation bien connue qu'on peut recourir à l'origine d'une loi pour en interpréter le sens. Or cet article vient du droit anglais, les codificateurs en l'incorporant dans le Code, n'ont pas indiqué qu'ils voulaient en changer les termes, on doit présumer qu'ils ont conservé la loi telle qu'elle existait.

Dans le droit anglais on a toujours décidé que l'écrit devait prouver le contrat complètement, c'est-à-dire prouver les parties essentielles du contrat, l'objet, la considération, les parties ; mais il suffit que le prix puisse être fixé, ou l'objet déterminé par une preuve ultérieur (" *if it be possible to ascertain by subsequent enquiry.* Taylors, no. 1024).

comme, par exemple, l'achat *de tout ce que vous avez de grain, aux prix courants.*

Il suffit que l'écrit soit signé par la partie ou son agent ou représentant autorisé. Ceci est de droit commun : *qui facit per alium, facit per se.* Le statut des Fraudes l'admettait expressément ; et il a été décidé que la procuration peut être prouvée par témoins, l'écrit n'étant requis que pour les contrats mentionnés dans l'article 1235. Sans cela la plupart des transactions commerciales seraient nulles. (Trenholme et McLennan, en appel, 1879, 24 L. C.J. p. 305 ; Lusk et Hope, 17 L. C. J. p. 19). Mais l'écrit signé après l'expiration du mandat, quand même le contrat eût été fait avant, ne suffirait pas (Lynn et Cochrane, 23 L. C. J. 235 ; Pinsonneault et Desjardins, 3 L. N. p. 29).

71. La jurisprudence est loin d'avoir réglé les difficultés de cet article. Dans les causes de Truteau vs. Leblanc, jugée en appel en 1870 (4 R. L. 560) ; Douglass et Ritchie, en appel, 1874 (8 L. C. J. 274) ; Reeves et Malhiot (8 L. C. J. 84) par le juge Monk, Minor et Knight, en appel (citée dans Douglass et Ritchie), il a été décidé que la preuve par témoins pouvait être admise, avec un commencement de preuve par écrit, dans les cas prévus par l'article 1235.

Dans les causes de Levey et Sponza, en appel, 1858 (6 L. C. J. 183) ; Brown et Woods, en révision, 1872 (jugé à Québec, pas rapportée, le juge Casault étant dissident) ; Douglass et Ritchie (ci-dessus), il a été jugé que le défaut de répondre sur faits et articles, et l'admission des interro-

gatoires *proconfessis* pouvaient remplacer l'écrit requis par l'art. 1235.

Toutes ces décisions admettent expressément ou implicitement que la question règlée par cet article est une question de preuve.

Dans la cause de Donégani et Molinelli le juge Badgely (14 L. C. J. 106) a exprimé l'opinion que le commencement de preuve par écrit ne pouvait être invoqué dans une cause commerciale.

Enfin la cause toute récente de Charest et Murphy, jugé à l'un des derniers termes de la Cour d'Appel à Québec, indique l'état actuel de la jurisprudence et l'opinion de la plupart des juges, du moins dans ce district. Dans cette cause la Cour supérieure à Arthabaska a admis comme preuve d'interruption de prescription l'aveu incomplet du défendeur et la preuve par témoins. La Cour de révision à l'unanimité et la majorité de la Cour d'Appel ont renversé ce jugement et déclaré que le commencement de preuve par écrit n'était pas admissible dans le cas de l'art. 1235. La Cour d'Appel ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'aveu complet, ou le serment décisoire pourraient remplacer l'écrit. En appel les juges Bossé et Blanchet étaient dissidents.

72. Quant à la forme de l'écrit nous trouvons dans notre droit tout ce qu'il faut pour règler ce point. Car les règles du Code en matière de preuve s'appliquent aux matières commerciales comme nous avons vu (C. C. 1206), et l'article 1235 règle certainement une question de preuve. On a soutenu que l'écrit exigé par cet article

n'était pas requis pour la preuve, mais pour la forme essentielle du contrat. Ceci est contraire à l'interprétation donnée par la jurisprudence en Angleterre (Taylor *ou Evid.* nos. 1027 et 1074) ; et c'est précisément parce qu'il formait partie des règles de la preuve en droit anglais que le statut des Fraudes a été introduit dans notre législation par l'Ordonnance de 1785 (Hunt et Bruce, Pikes Rep p. 8 ; Baylis et Ryland, 15, L. C. R. 94).

C'est surtout au point de vue de l'admissibilité de l'aveu que l'on a prétendu que rien ne pouvait remplacer l'écrit ; mais l'aveu n'est pas compris dans la preuve par témoins et nous n'avons pas à nous en occuper. Il paraît hors de doute que la question est une question de preuve et que les autres règles du Code, entr'autres celles qui regardent la forme des écrits, lui sont applicables. Ainsi l'on doit admettre comme un écrit suffisant un acte authentique *non signé* par la partie. En effet, malgré les termes de l'article 1235 il est impossible de supposer que le Code ait voulu exclure la preuve authentique, quand il admet la preuve par un écrit sous seing privé.

Du reste, l'écrit n'est soumis à aucune forme pourvu qu'il prouve le contrat : une lettre, même adressée à un tiers, suffit(Taylor, no. 1027;Michon et Gauvreau,en appel, 1. Q. L. R. 27). La preuve peut consister dans plusieurs écrits ou parties d'écrit, pourvu que réunis ils forment preuve complète. (Taylor, no. 1026).

Il n'est pas nécessaire que l'écrit soit signé par les deux parties, car l'article dit expressément qu'il suffit qu'il soit signé par la partie contre laquelle on l'invoque.

73. L'article 1567 contient une exception à cet article, ou plutôt une explication ; il admet comme preuve suffisante de la vente " l'adjudication d'une chose à une personne sur son enchère et l'entrée de son nom sur le livre de vente de l'encanteur. " Cette règle vient du droit anglais : les auteurs et la jurisprudence enseignent que l'encanteur, ou le courtier, agit dans ces ventes comme l'agent des deux parties et, par conséquent, les lie toutes les deux. C'est, dans notre droit, une application de l'article 1735 du Code Civil.

74. L'écrit est exigé dans le cas du 1er aliéna de l'article 1235, pour l'interruption de prescription, même celle qui résulte d'un paiement partiel, et pour la renonciation à la prescription acquise. La section 2 du statut 10 et 11 Victoria ch. 11, réservait expressément l'effet d'un paiement partiel pour valoir comme interruption de prescription, et l'on admettait la preuve par témoins d'un paiement partiel ; mais l'article 1235 n'a pas reproduit cette disposition et la règle formulée par le 1er aliéna de cet article reste absolue (McGreevy & McGreevy, 17 Q. L. R. 278.)

75. Dans le cas du 2e alinéa, la règle n'a pas d'application si le mineur agissait pour les intérêts de son commerce, car alors il n'y a pas besoin de ratification, elle ne peut s'appliquer que lorsqu'un mineur contracte avec un commerçant, ou lorsque la qualité de l'acte vient de l'autre partie.

76. Nous avons vu quel est le sens que l'acte de lord Tenterden a attaché aux mots " représentation, garantie

ou assurance." Ils s'appliquent aussi bien à une recommandation fausse qu'à un cautionnement, c'est-à-dire à l'action en dommages comme à l'action sur un contrat (Taylor, no. 1054.)

Il est quelquefois difficile de distinguer dans la pratique s'il y a garantie de payer la dette d'un autre, ou obligation principale contractée par celui qui s'oblige. Dans ce dernier cas la preuve par témoins serait permise. Quand une personne achète des effets et que je me porte garant de la dette, l'article 1235 s'applique ; mais si je fais obtenir des effets à un tiers sur mon seul crédit, il n'y a pas de cautionnement, et la preuve par témoins est permise ; car ce tiers ne doit pas le montant et, par conséquent, il n'y a pas de dette accessoire, mais seulement une obligation principale de ma part (Leduc vs. Prévost, 28 L. C. J. 276 ; Taylor, no. 1031.).

77. La vente d'effets mentionnée dans le 4e. alinéa ne s'applique qu'à la vente d'effets mobiliers (*goods, wares and merchandise*) et du moment qu'il s'agit d'un immeuble la preuve par témoins est permise. Il a été jugé en appel que la vente d'un billet promissoire tombe sur le coup de cet article (Truteau vs. Leblanc, 4 R. L. 560.). S'il s'agissait de parts dans des compagnies par actions il faudrait décider de même d'après ce précédent, car le même principe s'applique malgré que la compagnie puisse posséder des immeubles. (C. C. 387). Mais il paraît douteux que des titres de créance, billets et actions tombent sous la dénomination *d'effets* (*goods, wares and merchandise*)

Dans la cause de Donégani v. Molinelli, jugée en appel en 1869, il a été décidé que le contrat qui consiste à faire une chose avec ses propres matériaux est un louage d'ouvrage et peut être prouvé par témoins. (14 L. C. J. 106), Dans la cause de Morgan v. Turnbull, l'Hon. juge Casault a exprimé l'opinion contraire; il s'agissait ici d'un mur à construire dans un cimetière, par conséquent d'une construction, d'un immeuble, et c'était un louage d'ouvrage, et la preuve par témoins fut permise. Le contrat qui consiste à faire un objet mobilier, et à en fournir les matériaux pour un prix en argent, est une vente et ne peut être prouvé par témoins. Ce genre de contrats (*executory contract*) est même expressément prévu par le 2ième alinéa du 4e paragraphe de l'article 1235.

L'intention de cet article est de permettre la preuve testimoniale du contrat quand elle est rendue moins incertaine par un commencement d'exécution, par des *faits* dont la preuve est toujours plus certaine que la preuve de déclarations verbales. Ces faits prouvés il existe déjà une forte présomption que le contrat a eu lieu.

Le statut des Fraudes exigeait qu'il y eût eu, à la fois, *acceptation et réception* de partie des effets vendus pour admettre la preuve par témoins; mais notre Code a changé les termes du statut et n'exige que *l'une ou l autre* de ces deux conditions. On l'a cependant interprété comme s'il eût reproduit le statut sans aucun changement. Mais la Cour Suprême dans la cause de Munn vs. Berger a décidé que la *réception seule* ou *l'acceptation seule* était suffisante. (10 S. C. R. p. 512) L'acceptation et la réception

se prouvent par témoins de même que le paiement des arrhes. Ce terme désigne ici un paiement partiel, aussi bien que des arrhes véritables.

Le statut anglais disait " arrhes ou paiement partiel," et dans le langage ordinaire on emploie indifféremment le mot arrhes pour paiement partiel. D'ailleurs, la raison qui fait admettre les arrhes s'applique *a fortiori* au paiement partiel.

---

§ 2.

Modicité du litige.

---

78. Du montant de la demande.
79. De l'intérêt.
80. Demande pour partie d'une somme de plus de $50.
81. Demande formée de créances différentes.
82. Demande de montant plus élevé que celui du contrat.
83. Comment déterminer le montant de la créance, ou la valeur demandée.
84. Exceptions au par. 2 de l'article 1233.

78. Par le 2ième paragraphe de l'article 1233 du Code Civil la preuve testimoniale est admise dans toute matière où le principal de la somme ou la valeur demandée n'excède pas cinquante piastres.

L'Ordonnance de 1667 ordonnait simplement qu'il fût passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres ($20.) Le statut 23 Vict. ch. 57, sec. 39 avait déjà élevé la somme à vingt-cinq piastres.

Mais il y a une différence de rédaction plus remarquable que le changement dans le montant. Sous l'ordonnance on se placait au moment où le contrat était rédigé pour déterminer le montant, puisque c'est alors qu'il s'agit de décider si l'on doit passer acte, et non au moment de la demande, quand la partie nie ses obligations et qu'il est trop tard pour s'en procurer la preuve écrite. Dans le Code Civil, au contraire, c'est le principal de la somme ou la valeur *demandée* qui détermine si la preuve testimoniale est admissible. Il n'y a pas d'erreur possible sur le sens de ces mots, car les codificateurs ont attiré l'attention de la Législature dans leur rapport sur l'anomalie qu'ils semblent créer avec les articles 1236 et 1237 et ils suggéraient de remplacer cette rédaction par la suivante : " Dans toute matière où le principal de la somme ou la valeur *dont il s'agit* n'excède pas cinquante piastres," mais cette rédaction n'a pas été adoptée. Le Code Napoléon a conservé à peu près les termes de l'ordonnance sur ce point (C. N. 1341.)

Le principe posé par ce paragraphe 2o. se trouve modifié d'abord par les termes mêmes de ce paragraphe et par les articles 1236 et 1237.

79. Si l'on devait strictement considérer la somme ou la valeur au moment où l'action est portée il faudrait rejeter la preuve testimoniale quand les intérêts ajoutés au capital se montent à plus de cinquante piastres ; mais l'article exclut précisément cette application du principe posé en ne tenant compte que du *principal* de la somme demandée Le Code Napoléon, au contraire, considère

les intérêts comme un tout avec le principal (C. N. 1342). Si je réclame $40 pour un an d'intérêt sur une obligation de $800 dont le capital n'est pas échu, serai-je admis à faire la preuve par témoins sous le prétexte que la somme réclamée ne dépasse pas $50 ? Certainement non, car le principal de cette somme est de plus de cinquante piastres. La somme demeure toujours due à titre d'intérêts bien qu'elle devienne le capital d'une action.

80. L'article 1236 défend la preuve par témoins quand la demande n'excédant pas cinquante piastres est *la balance* ou *fait partie* d'une somme excédant cinquante piastres Ceci s'applique non seulement lorsque je réclame le reste d'une somme dont vous avez payé une partie, mais encore si je vous demande $25 pour ma part héréditaire d'une créance de $100 ; parce que cette somme de $25 *fait partie* d'une plus forte somme. Le deuxième alinéa de cet article mentionne un cas qui n'est pas réellement une exception, et que Pothier (*Oblig.* no 790) décidait dans le même sens : il permet de prouver par témoins une nouvelle promesse de payer une balance de moins de $50. Laurent refuse d'admettre cette solution, qui n'est pas prévue dans le Code Napoléon, parce que, dit-il, il n'y a pas novation, par conséquent, pas de nouvelle obligation remplaçant l'ancienne. Il n'y a pas novation, mais il y a un acte conventionnel, une admission dont la preuve par témoins est permise quant au montant, et qui établit l'existence de l'obligation dont je réclame l'exécution, c'est-à-dire l'obligation pour la balance réclamée. En vertu du même principe, si je vous vends une chose pour le prix de $100 dont $60 comptant et la balance à terme,

je pourrai prouver la vente par témoins, sur demande formée pour la balance, parce qu'il y a eu obligation de votre part pour ces $40 seulement, et non pas pour $100, puisque vous ne m'avez jamais dû cette somme entière ; et si vous l'aviez due, il y a eu promesse spéciale pour cette balance, tel que prévu par l'article 1236.

Le Code Napoléon rejette expressément la preuve par témoins, même lorsque le créancier réduit le montant de sa demande à moins de 150 francs (C, N 1343). Il faut décider la même chose dans notre droit sur le principe (aussi reconnu dans le Code Napoléon, art. 1344) que le montant de la demande ainsi réduite fait parti d'une créance due en vertu d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins (C C. 1236). Mais si c'était par erreur que la demande eût été portée pour une somme plus élevée que $50, il serait permis de faire la preuve de la réclamation réduite à son vrai montant.

81. Enfin l'article 1237 admet la preuve par témoins lorsque le montant de la demande excède $50, mais qu'il est formé de créances différentes de pas plus de $50 chacune. On ne doit pas tenir compte, pour former le montant, des créances dont la preuve par témoins serait autrement permise ; mais il est difficile de supposer le cas, car il est défendu par le Code de Procédure de cumuler des demandes qui ne peuvent être instruites par le même mode d'enquête. Mais le cas se présente quand une demande est formée à la fois pour dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'un contrat et pour l'exécution du contrat même ; les dommages peuvent

être prouvés par témoins parce qu'ils sont le résultat d'une faute, d'un fait matériel.

82. Ainsi l'article 1233 se trouve limité dans son application par ces exceptions diverses de manière à sauver le principe commun de toute cette matière, à savoir, qu'on n'exige pas la preuve écrite quand il a été impossible de se la procurer et qu'il faut se placer au moment du contrat pour en juger. Mais les exceptions n'anéantissent pas complètement la règle générale. Ainsi je vous vends un cheval qui vaut moins de cinquante piastres et je ne vous le livre pas ; six mois plus tard vous le revendiquez contre moi, mais le cheval vaut alors plus de cinquante piastres : vous ne pouvez prouver le contrat par témoins car la valeur demandée excède cinquante piastres. Ce cas est une véritable anomalie ; cependant il ne faut pas oublier que l'exclusion de la preuve testimoniale a été introduite pour deux raisons, pour éviter la fréquence des procès et la difficulté de la preuve par témoins, et pour prévenir les parjures L'exclusion de la preuve testimoniale suivant le montant demandé rencontre le second de ces objets. Il est vrai qu'on y déroge dans les exceptions qui sont de beaucoup plus nombreuses que la règle posée par le 2e. alinéa de l'article 1233.

Voici une autre application de la règle telle qu'énoncée dans cet alinéa. Je veux prouver que je vous ai payé $40 sur ma dette pour être libéré d'autant : je puis le faire par témoins car le montant demandé n'est que de quarante piastres ; mais si vous invoquez ce même paiement contre moi comme interruption de la prescription d'une

créance de $100 vous ne pourrez le prouver par témoins, car le montant de votre demande est de plus de cinquante piastres. En France on décide la même chose pour une raison différente ; c'est parce que, dit-on, il faut considérer l'objet qui forme la matière du fait à prouver pour en déterminer le montant, et, dans ce dernier cas, l'objet c'est la reconnaissance de la dette que comporte le paiement à compte.

Dans le droit anglais on décide absolument le contraire en vertu d'une clause du statut de lord Tenterden, qui, tout en défendant la preuve par témoins d'une reconnaissance interruptive de prescription, admet cette preuve pour établir un paiement dans le même but.

Dans une action *pro socio* je réclame $200 pour ma part de profits ; les mises des deux associés ne dépassant pas $50, faut-il rejeter la preuve testimoniale ? En France les opinions sont partagées, mais on admet généralement que c'est le montant des mises qui détermine l'admission de la preuve par témoins. D'après notre article 1233, c'est le montant de la demande, et la preuve par témoins ne sera pas admise. Dans le mandat la question présente double difficulté, car il y a à faire la preuve du mandat et la preuve des actes du mandataire. Tout dépend du principal de la somme demandée quant à la preuve du mandat ; quant à celle des actes du mandataire, par exemple, si je veux prouver qu'il a retiré cent piastres pour moi, je pourrai le faire par témoins, parce qu'il m'a été impossible de me procurer une preuve écrite de ce fait, n'étant pas partie présente au paiement.

Dans un échange la preuve peut être permise pour l'une des parties et pas pour l'autre suivant la valeur des objets échangés. C'est à chacun de voir à son intérêt.

La somme réclamée en vertu d'une clause pénale dans un contrat fait partie du principal de la demande et, par conséquent, doit être comptée pour déterminer s'il y a lieu d'admettre la preuve par témoins. Il n'en est pas ainsi des dommages-intérêts résultant du défaut d'exécution d'un contrat : les dommages-intérêts doivent être considérés à part du montant du contrat, parce qu'ils résultent d'une faute et ne sont pas directement l'objet d'une stipulation du contrat.

83. Comment déterminer si le montant de la demande ou du contrat excède $50 ? Le montant réclamé par le demandeur ne peut pas servir de guide, parce qu'il suffirait au demandeur de le réduire pour imposer la preuve par témoins au défendeur. C'est au juge à le vérifier d'après les faits et les circonstances apparentes au dossier, ou par l'enquête. Dans notre procédure cependant les tribunaux n'interviennent pas *ex officio* pour empêcher la preuve par témoins ; chaque partie conduit son enquête et surveille celle de son adversaire, et lorsque ce dernier essaie de faire une preuve illégale, elle doit s'y opposer ; c'est alors que la cour décide si la preuve doit être admise ou rejetée. La partie peut s'opposer à la preuve testimoniale à moins qu'il n'apparaisse ou ne soit prouvé préalablement, que le montant ou la valeur demandée ne dépasse pas $50 ; ceci est une conséquence de ce que la preuve par témoins est prohibée en règle générale.

84. Il y a des cas où la preuve testimoniale est prohibée d'une manière absolue quel que soit le montant de la demande; ce sont des exceptions au paragraphe 2 de l'article 1233. Nous les examinerons à la fin de ce chapitre, parce qu'ils sont en même temps des exceptions à d'autres paragraphes de cet article (*Infra*. no. **100**.) Il y a aussi le cas où il existe une preuve écrite, que nous traiterons dans un chapitre à part (chap. III.). En matière de question d'état, la preuve testimoniale est encore soumise à des règles spéciales. (*Infra*, no. **101** et suiv.).

---

§ 3.

Commencement de preuve par écrit.

SOMMAIRE :

85. Origine du commencement de preuve par écrit.
86. Nécessité d'un écrit.
87. Interrogatoires sur faits et articles.
88. Interrogatoire de la partie comme témoin.
89. Condition que l'écrit émane de la partie adverse.
90. Preuve ou reconnaissance de l'écrit.
91. Ecrit émané du représenté ou du représentant de la partie.
92. Ecrit émané de l'ayant-cause.
93. Ecrit émané d'un tiers.
94. Vraisemblance du fait résultant de l'écrit.
95. Appréciation de la suffisance de l'écrit.
96. *Quid* s'il s'agit de prouver ou de contredire un écrit ?

85. La preuve testimoniale est encore admise lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

Le commencement de preuve par écrit fut d'abord un tempérament apporté par les tribunaux à la rigueur des dispositions de l'Ordonnance de Moulins. L'Ordonnance de 1667 sanctionna l'application qu'on en faisait, mais sans définir en quoi il consiste. Les auteurs qui ont écrit sur l'ordonnance, entr'autres Pothier, en ont donné des exemples qui sont classiques. Le plus remarquable est l'écrit par lequel une personne se reconnaît débitrice envers une autre sans dire de quelle somme ; c'est une preuve complète de l'existence de la dette, mais non pas de son montant. Mais la pratique a étendu la règle à bien d'autres cas moins favorables.

Le Code Napoléon résume la doctrine de Pothier dans ces termes : " On appelle ainsi commencement de preuve par écrit tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. (C. N. 1347).

Notre Code ne définit pas ce que c'est qu'un commencement de preuve par écrit. La définition donnée dans le Code Napoléon doit être acceptée par nous avec réserve, car elle résume en deux lignes ce qu'on trouve dispersé dans les auteurs sous l'ancien droit et doit nécessairement limiter ce qui auparavant ne l'était que par la jurisprudence, c'est-à-dire par les circonstances des faits jugés par les tribunaux.

86. D'après les termes de l'article 1233, parag 7, l'écrit est de rigueur ; ceci ressort du nom même que l'on donne à cette sorte de présomption. Aucune forme d'écrit n'est

prescrite et toute espèce d'écrit qui pourrait servir de preuve complète peut nécessairement servir de commencement de preuve par écrit s'il ne prouve pas complètement le fait ; on pourrait donc se servir de tous les genres d'écrits énumérés dans le Code Civil, au titre de la preuve. Mais on doit aller au delà et admettre des écrits qui ne feraient pas preuve lorsqu'ils rendent le fait probable. Le Code en donne un exemple dans l'article 1210 en reconnaissant comme commencement de preuve par écrit l'énonciation étrangère à l'obligation, ou à l'objet qu'avaient en vue les parties en passant l'acte, et qui ne fait pas preuve.

87. Les réponses aux interrogatoires sur faits et articles sont considérés en France comme un commencement de preuve par écrit, même lorsque la partie interrogée refuse de les signer ; il en est de même des interrogatoires qui sont tenus pour avérés par le défaut de la partie d'y répondre, ou même des réponses vagues ou évasives, suivant les circonstances où elles sont données. La raison en est que les réponses sont signées par la partie ou lorsqu'elles ne le sont pas, elle sont constatées par un officier public chargé de le faire, par conséquent elles sont authentiques ; et lorsqu'il y a refus de répondre la loi présume que les faits sont admis.

88. Dans le droit français les parties ne sont pas admises à déposer comme témoins, même en faveur de la partie adverse ; et dans notre droit ce n'est que par le statut 23 Victoria, ch. 57, sec. 49, que la chose a été permise. L'article 251 du Code de Procédure a reproduit et complété cette disposition en ajoutant que les réponses données par la partie ainsi examinée comme témoin

peuvent servir de commencement de preuve par écrit. Ceci est, dans certains cas, une dérogation à la règle de l'ancien droit, car à la cour de circuit la déposition de la partie n'est pas prise par écrit. On on a souvent posé la question de savoir si l'aveu peut être divisé pour y trouver un commencement de preuve par écrit. La doctrine des auteurs est que la question de la divisibilité de l'aveu ne se présente pas ici. Le juge peut décider d'après l'ensemble des réponses si le fait à prouver est rendu suffisamment probable. Morin vs. Fournier, (10 Q. L. R. 129.) Cette décision paraît la plus raisonnable, mais notre jurisprudence est divisé sur ce point. La Cour d'Appel a jugé le contraire Christin vs. Valois, 3 L. N. p. 59 ; Pratt vs. Berger, 28 L. C. J. p. 192). Dans la cause de Fulton vs. McNamee & al, (2 S. C. R. p. 470.), le juge Fournier a exprimé l'opinion que la question de divisibilité de l'aveu ne se présente pas quand il s'agit seulement du commencementde preuve par écrit.

89. L'écrit doit émaner de la partie à qui on l'oppose ; il faut qu'il soit signé par elle, ou encore écrit de sa main ; ou bien qu'elle en ait pris l'initiative ou la responsabilité, comme, par exemple, si il a été fait sous sa direction par son commis. Il n'est même pas nécessaire qu'elle ait pris aucune part à sa confection, si elle s'est appropriée l'écrit depuis, par exemple, en l'invoquant à l'appui d'une demande. Le notaire qui dresse un acte, le commis qui écrit sous la direction de son maître, ne sont pas liés eux-mêmes par ces écrits et on ne pourrait pas les invoquer contre eux comme commencement de preuve par écrit ; en réalité ils n'émanent pas d'eux. Mais les faits que le

notaire constate par lui-même dans l'acte, pourront être invoqués contre lui, de même que les énonciations des parties qui y sont intéressées. Si l'acte était nul parce que le notaire était intéressé (S. R. Q. 3640), il ne vaudrait pas même comme acte sous seing privé, car la signature du notaire, partie contractante, est nulle (C. C. 1221) ; il vaudrait cependant comme commencement de preuve par écrit contre ceux qui l'ont signé, même le notaire. Il serait difficile en effet de trouver un acte qui rende plus probables les faits qu'il constate. Les actes judiciaires, ou publics, prouvent les admissions qu'ils constatent, parce qu'ils sont rédigés par l'officier qui a mission de les constater ; ils sont authentiques. Mais l'acte nul pour défaut de forme et non signé par les parties, ne peut pas même servir de commencement de preuve par écrit, car, dans ce cas, on ne peut pas dire qu'il émane de la partie ou du moins cela n'apparaît pas tant que la partie ne l'aura pas admis. A plus forte raison ne peut-on pas admettre l'acte que les parties, ou quelqu'une des parties, ont refusé de signer.

90. Il faut en effet que l'écrit soit reconnu ou légalement prouvé ; c'est la seule manière de démontrer de qui il émane : et comme il s'agit d'un écrit, la preuve doit s'en faire, s'il n'est pas authentique ou, s'il ne fait pas preuve *primâ facie*, de la manière réglée pour la preuve des écritures privées. Ainsi on n'admettrait pas comme prouvée pour servir de commencement de preuve par écrit la copie d'un acte faite sur la transcription dans les régistres du bureau d'enrégistrement, excepté avec les formalités ordinaires, c'est-à-dire après preuve de la

perte de l'original (C. C. 1218) ; de même pour la copie d'une copie dans le cas de l'article 1217. Le Code Napoléon admet ces copies comme commencement de preuve par écrit.

91. L'écrit émané de son auteur peut servir de commencement de preuve par écrit contre l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel. Ils le représentent et se trouvent liés par tous les actes du *de cujus*. On ne saurait en dire autant du successeur à titre particulier, à qui on ne peut opposer un écrit émanant de son auteur, qu'il ne représente pas, sauf pour ce qui regarde l'objet même dont il est question, et si l'écrit a été fait avant le transport.

L'écrit ou l'admission émanés du mandataire lient le mandant : *qui facit per alium, facit per se.* Ainsi les procédures signées par l'avocat peuvent servir de commencement de preuve par écrit. Le tuteur, le curateur, l'envoyé en possession, le mari administrateur des biens de sa femme, le gérant d'affaires sont dans le même cas et leurs écrits ou admissions lient leur représenté, comme leurs actes. Mais ceci n'a lieu que dans les limites de leur mandat ou de leurs pouvoirs. Il faut de plus que l'écrit ait été fait par eux pendant la durée de leurs pouvoirs ; et s'ils sont examinés dans la cause, leur admission ne vaut comme aveu et ne peut servir de commencement de preuve par écrit que si, au moment où ils sont entendus, leurs pouvoirs durent encore (Serre dit St-Jean vs. Metropolitan Bank, 21 L. C. J. 207 ; Knox vs Boivin, Rap. officiels, 4 C. S. p. 311.)

Il ne faut pas oublier que l'écrit émané d'eux n'a de date certaine contre le mandant ou représenté que si leurs pouvoirs durent encore. Si leur pouvoir a cessé avant la demande en justice on ne pourra pas invoquer tel écrit sans en établir la date. Le mandant est un tiers jusqu'à ce qu'il soit démontré qu'il était représenté au moment ou l'écrit a été fait. Autrement il suffirait au procureur révoqué d'antidater un écrit pour ruiner son ex-mandant.

La règle ne doit pas être étendue au-delà des limites tracées ci-dessus. Ainsi il ne suffit pas que l'écrit émane d'un intéressé comme un co-propriétaire par indivis, un co-héritier, un co-défendeur, excepté s'ils sont en même temps mandataires ou associés.

92. Quant aux ayant-cause, la question est plus délicate. L'ayant-cause n'est représenté par son auteur que jusqu'à ce qu'il lui ait succédé, de sorte, que tout commencement de preuve per écrit ou aveu émané depuis de son auteur ne saurait lui être opposé (Lecompte v. Laflamme, 9 Q. L. R. p. 140). Mais l'écrit émané auparavant le peut, sujet toutefois aux exigences des règles de la preuve par écrit quant à la date des actes vis-à-vis des tiers. Il faut en effet distinguer entre l'effet du contrat et la preuve du contrat. La quittance donnée par le premier créancier vaut contre l'acquéreur de la créance, mais elle n'a pas de date certaine contre lui, qui est un tiers à l'acte ; si on lui démontre qu'elle vient de son auteur, très bien, mais jusque là il est en droit de dire que ce n'est pas l'acte de son auteur. Il en est de même pour le commencement de preuve par écrit ; il aurait date certaine, par

exemple, si le premier créancier était mort immédiatement après avoir signé le transport de la créance. Alors je pourrais invoquer contre le cédant un écrit non signé trouvé dans ses papiers pour être admis à faire la preuve par témoins.

93. Ceci nous amène à examiner une question très débattue dans le droit français. Il s'agit de savoir si l'écrit émané d'un tiers peut servir de commencement de preuve par écrit. Disons d'abord qu'on ne peut trouver la solution de cette question ni dans les auteurs français modernes, ni dans les auteurs sur l'ancien droit. Le développement du sujet le démontrera.

Il ne faut pas perdre de vue encore une fois la distinctions fondamentale entre l'effet des contrats et la preuve des contrats. Il est clair que l'obligation contractée par Primus en faveur de Secondus ne peut pas affecter Tertius Mais la preuve du contrat fait preuve vis-à-vis de tout le monde ; une fois établi le contrat existe pour tout le monde.

La preuve d'une obligation existe donc pour tous ; mais l'obligation elle-même n'affecte que les parties, de sorte que la preuve n'a pas d'intérêt pour les tiers : *Frustra probatur quod probatum non relevat*. Cependant, comme nous l'avons déjà fait remarquer, malrgé que le chapitre de la preuve soit dans le titre des obligations, il n'y a pas que la preuve des obligations, il y a la preuve des droits réels à laquelle le chapitre de la preuve s'appliqne. Or un droit réel, à l'inverse des obligations, existe pour tous, il oblige tout le monde, en ce sens que tous sont

obligés de le respecter. La preuve d'un droit réel peut affecter les tiers en pratique et la preuve de la convention qui l'a fait naître peut donner lieu à des contestations vis-à-vis des tiers.

Il est bien reconnu que l'écrit authentique ou l'écrit sous seing privé admis ou prouvé, établissent contre les tiers que la convention ou l'acte juridique qu'ils constatent (*rem ipsam*) a réellement eu lieu. La promesse de vente par acte notarié prouve donc que tel contrat a eu lieu, même à l'égard des tiers. Pourquoi ce fait, une fois établi, ne permettrait-il pas, à titre de commencement de preuve par écrit, de prouver par témoins, aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard du vendeur, que la vente a réellement eu lieu ? Nous supposons que la promesse de vente est telle qu'elle servirait contre le vendeur lui-même de commencement de preuve par écrit, et nous mettons de côté la question d'enrégistrement, ce qui peut parfaitement se présenter.

Voici le cas : A. revendique contre B, qui n'a pas de titre, un immeuble, et il invoque une vente verbale qu'il demande à prouver par témoins en produisant une promesse de vente à lui consentie par C. qui, lui, était bien propriétaire. A. sera-t-il admis à faire la preuve par témoins ?

Nous pensons que oui. Si un acte de vente par C. à A. suffirait pour établir la propriété de A, pourquoi la promesse de vente ne suffirait-elle pas à en faire un commencement de preuve par écrit ?

Le Code Civil ne définit pas ce que c'est qu'un commencement de preuve par écrit ; à première vue on est donc justifiable de croire que c'est une preuve par écrit incomplète, et le Code ne distingue pas entre la preuve qui vaut contre la partie et celle qui vaut contre les tiers.

Dans l'ancien droit on alla jusqu'à admettre que l'écrit émané d'un tiers pouvait servir à établir une obligation : mais Pothier combat cette prétention et avec raison ; elle a cependant prévalu malgré Pothier, et la Cour de cassation l'a admise depuis le Code Napoléon pour les causes qui ont pris naissance avant le Code. Mais encore une fois ceci nous parait douteux, car l'écrit, une fois admis, ne vaut pas plus qu'un témoignage et ne peut pas faire la preuve d'une obligation pas plus que le consentement donné par Pierre ne peut lier Paul.

Mais du temps de Pothier la question ne pouvait se poser que pour les obligations, et Pothier avait raison de la décider ainsi ; et son opinion doit prévaloir encore dans tous les cas qu'il avait en vue, les seuls cas possibles de son temps Les droits réels en effet n'étaient tranportés que par la tradition et la convention seule n'était pas suffisant pour cela. Celui qui revendiquait devait donc nécessairement invoquer la possession et le cas que nous avons supposé plus haut, parfaitement possible aujourd'hui, ne l'était pas alors. C'est donc un cas nouveau, qu'il faut décider d'après le Code.

Le Code Napoléon exige que le commencement de preuve par écrit ait le caractère d'un aveu, c'est-à-dire qu'il émane " de celui contre lequel la demande est for-

mée. " Les auteurs français s'en tiennent à la lettre du Code et leur opinion ne saurait être invoquée dans notre droit qui ne contient pas cette restriction. En droit français il faudrait donc probablement décider le cas posé contrairement à l'opinion que nous soutenons, malgré l'autorité de Toullier (Toullier, t. 9, no. 69 et suiv.)

La question peut se présenter à un autre point de vue et il faudrait décider de même pour une raison additionnelle. Le vendeur est supposé le propriétaire dans l'exemple cité, et le défendeur ne se réclame aucunement de lui ; mais si le défendeur invoquait un titre, même authentique, du même vendeur, mais non enrégistré, je pourrais tout de même, après avoir établi la date de mon commencement de preuve par écrit si c'était nécessaire, prouver la vente par témoins ; de deux choses l'une, ou vous êtes l'ayant-cause du vendeur commun et alors mon commencement de preuve par écrit, fait avant votre titre, émane de votre auteur et vous lie ; ou bien vous n'êtes pas l'ayant-cause et alors votre titre ne vaut rien, quoique ceci ne me dispense pas d'établir mon droit contre votre possession.

94. L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué. Il ne suffit pas qu'il en établisse simplement la possibilité, ce que l'on est porté à confondre, en pratique, avec la vraisemblance. Ainsi un acte qui constate l'existence d'une convention ne peut servir pour établir l'exécution de cette convention. Il ne démontre aucunement la probabilité du paiement. En fait d'aveu judiciaire, on considère comme suffisant les réponses évasives ou contradictoires,

le refus de répondre, parce qu'on peut en conclure raisonnablement que la partie a eu peur de se compromettre en répondant franchement la vérité. Il faut que l'écrit ait un rapport direct avec le fait qu'on veut prouver ; un écrit qui ferait allusion à une dette quelconque, sans qu'on put en conclure qu'il s'agit de la dette réclamée, ne serait pas un commencement de preuve par écrit de cette dette.

95. L'appréciation de la valeur de la présomption créée par l'écrit ou l'aveu est laissée à la discrétion du juge. Suivant qu'il trouve cette présomption suffisante ou non pour établir la vraisemblance du fait à prouver il doit admettre ou rejeter la preuve testimoniale. Mais la question de savoir si un écrit rentre ou non dans la catégorie de ceux qu'on admet pour former un commencement de preuve par écrit est une question de droit.

96. Le commencement de preuve par écrit permet de faire la preuve par témoins, même pour contredire un écrit. Les termes du Code sont loin d'être clairs sur ce point, mais nos tribunaux l'ont décidé tant avant que depuis le Code, qui n'a pas changé l'ordonnance. (Webster v. Dufresne, M. L. R. 4 ap. p 43 ; Foley v. Charles, 15 L. C. R. 248 ; Dominion Oil Cloth Co. v. Martin, 2 L. N. 344, *dictum* du juge Ramsay). Toullier dit que l'ordonnance, en admettant la preuve par témoins, n'a pas fait une exception à la prohibition générale qui est elle-même l'exception, mais qu'elle a limité l'étendue de l'exception (9 Toullier, no. 65). Les auteurs français enseignent tous que la preuve par témoins est admise

avec un commencement de preuve par écrit pour contredire un acte ; mais le Code Napoléon semble plus explicite que notre Code.

On ne pourrait pas cependant, avec un commencement de preuve par écrit, faire la preuve par témoins d'une convention s'il apparaissait qu'il en a été passé acte, sans produire l'acte même. L'article 1204 s'y oppose. Il faudrait donc dans ce cas produire l'acte sauf à le contredire ensuite, ou bien prouver d'abord que l'acte ne peut être produit conformément au paragraphe 6 de l'article 1233.

Un commencement de preuve par écrit ne pourrait pas servir pour prouver un de ces contrats que la loi exige être passés dans une forme solennelle ou authentique, comme les testaments, les contrats de mariage, et ceux que nous verrons à la fin de ce chapitre. Mais il est admis dans certains cas en matière d'état civil sujet a des règles spéciales.

---

§ 4.

Consentement des parties

SOMMAIRE:

97. Consentement admis par la jurisprudence.
98. Origine de cette pratique.
99. Dangers du consentement tacite.

97. Il existe une autre exception à la règle qui exclut la preuve testimoniale soit contre un écrit, soit d'une

manière générale. Cette preuve est admise quand la partie adverse y consent.

En France on admet généralement que la règle qui exclut la preuve testimoniale est d'intérêt public et on ne permet pas aux parties d'y déroger même de consentement. L'Ordonnance de 1667 et le Code Napoléon sont rédigés un peu différemment de notre Code Civil. L'ordonnance disait. " Seront passés actes...et ne sera reçue aucune preuve par témoins." On interprète ces termes comme une injonction adressée aux juges. On invoque aussi les motifs de l'Ordonnance de Moulins, qui se trouve être l'origine de ces règles, où il est dit qu'elles sont introduites pour prévenir les difficultés et la fréquence des procès ; on allègue aussi le danger des parjures. Ce sont des raisons d'ordre public. De plus, en France, la cour ordonne l'enquête par un jugement interlocutoire et définit les faits sur lesquels elle portera, et le juge chargé de faire l'enquête la conduit à son gré, les parties ne jouant qu'un rôle passif dans toute cette procédure.

98 Dans notre droit, outre la différence qui existe dans les termes de la loi, on considère que les parties sont meilleurs juges de cette question étant plus intéressées que tout autre à son application. Notre jurisprudence vient sans doute de la pratique du droit anglais et du fait que nos enquêtes sont conduites d'après le système de l'enquête devant le jury. Elles sont laissées à peu près entièrement à la direction des parties. C'est à elles de s'opposer à la preuve ou de la laisser faire à mesure qu'elle est produite, suivant ce qu'elles croient être de leur intérêt. On présume donc que la preuve faite

sans objection est légale, ou que la partie admet les faits prouvés, puisqu'elle n'a pas cru devoir l'empêcher ; à plus forte raison admet-on la preuve faite avec un consentement exprès (Magnan et Dugas, 12 R. L. 226; Thwaits et Coulthurst & al.3 Q.L.R.104; Schwerzenski et Vineberg,19 S. C. R, 243). La Cour Suprême dans la cause de Schwerzenski et Vineberg a cité un certain nombre d'arrêts de la cour de Cassation décidant que l'enquête ne peut être mise de côté quand l'objection à la preuve n'est faite qu'en cassation. Bonnier est aussi d'avis que la preuve est légale avec un consentement *Traité des preuves*, vol. I, no. 117) Dans Ethier et Hurteau (11 L. N. 188) on a cependant rejeté la preuve faite sans objection.

Cela ne veut pas dire que la cour devra prendre connaissance de faits étrangers au litige par cela même qu'ils sont établis sans objection à l'enquête, par exemple des faits qui ne sont pas allégués : *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

99. La règle admise sur ce point dans notre jurisprudence n'est pas sans inconvénient. L'origine de la prohibition est la même dans notre droit que dans le droit français, ainsi que sa raison d'être. L'ordre public est donc intéressé dans la question. En pratique il est à peu près inouï qu'une partie consente expressément à une preuve inadmissible d'après la loi ; c'est donc généralement par défaut d'objection à l'enquête, c'est-à-dire par surprise, oubli, ou erreur de la part de l'avocat de la partie contre laquelle on la produit, qu'elle est admise C'est un fait cependant que nos tribunaux appliquent comme à regret la règle qui défend la prevue par témoins.

Ils admettent cette preuve *de bene esse* dans les cas douteux, ou dans les cas qui demandent considération ; puis cette preuve, une fois faite, plaide souvent assez éloquemment pour son maintien que toutes les raisons tirées de la loi et de l'ordre public sont impuissantes pour la faire rejeter. La large discrétion accordée par la jurisprudence anglaise aux tribunaux dans les matières de de droit commun a certainement influé beaucoup sur la pratique de nos cours.

SECTION III

Des cas où la prohibition est plus rigoureuse.

SOMMAIRE :

100. De quelques contrats qui doivent être rédigés par écrit quel qu'en soit le montant.

100. Il y a des contrats pour lesquels la loi exige expressément une preuve écrite pour la forme même du contrat, ou du moins comme seul moyen de preuve, et cela quel que soit le montant dont il s'agit, et même au-dessous de cinquante piastres. Il y a lieu d'examiner quelquefois si l'admission volontaire de la partie peut remplacer l'écrit ; mais la question ne peut pas se présenter de savoir si la preuve testimoniale peut être admise même de consentement. Elle peut toujours être admise cependant avec la preuve préalable de la perte de l'écrit.

Nous avons déjà examiné le cas de l'article 1235 pour certains contrats commerciaux.

L'article 1264 du Code Civil exige que les contrats de mariage soient passés devant notaire ; l'article 776 exige la même forme pour les donations, et l'article 2040 pour les contrats de constitution d'hypothèque. Il y a exception cependant pour certaines localités dans les trois cas, mais l'écrit est toujours de rigueur (C. C. 2041). Le testament quelle qu'en soit la forme doit être aussi par écrit, sauf celui des militaires, qui est soumis à des dispositions exceptionnelles (C. C. 842, 848, 849 et 855).

Les lettres de change, billets promissoires et chèques sont de leur essence des écrits auxquels rien ne peut suppléer, sauf dans le cas de perte de l'écrit.

L'article 1690 se lit comme suit : " Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur se charge de construire à forfait un édifice ou autre ouvrage par marché, suivant plan et devis, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de changement dans les plans et devis, ni sous celui d'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, à moins que ces changements ou augmentation ne soient autorisés par écrit, et le prix arrêté avec le propriétaire, ou à moins que la convention, sur les deux points, ne soit établie par le serment décisoire du propriétaire. " La dernière partie de l'article a été ajoutée par le statut 51-52 Vict., ch. 22, sec. 2. Cet amendement laisse intacte la première partie de l'article, sauf qu'il donne l'alternative entre les deux moyens de preuve.

Cet article est reproduit, à peu près dans les mêmes termes, de l'article 1793 du Code Napoléon ; son objet est d'empêcher les entrepreneurs d'abuser de l'inexpérience de ceux qui font faire des constructions.

Le mot " propriétaire " veut dire, dans notre Code, celui qui fait construire ; nos codificateurs en s'écartant de la rédaction du Code Napoléon, qui dit " propriétaire du sol " ont voulu sans doute échapper à l'interprétation donnée par les auteurs français qui n'appliquent pas l'article quand celui qui fait construire n'est pas le propriétaire du sol.

L'écrit n'est exigé que pour la preuve de l'autorisation des changements ou augmentations ; mais pas pour la fixation du prix ; mais si on administre le serment supplétoire il faut que les deux soient prouvés par le serment.

L'article 1155 exige un écrit pour la subrogation conventionelle et l'article 1571 pour la signification du transport ; mais rien n'empêche dans ces deux cas la preuve légale ordinaire de la convention par laquelle le débiteur aurait spécialement promis de payer la dette au nouveau créancier.

L'article 177 du Code Civil déclare que la femme ne peut contracter sans l'autorisation par écrit de son mari. Rien ne peut dispenser de l'écrit, qui est exigé pour la protection de la femme, protection inefficace si on pouvait induire la femme à admettre verbalement que cette autorisation a été donnée.

Le Code Civil exige encore que la mise en demeure soit signifiée par écrit quand le contrat lui-même était écrit (Art. 1067). L'écrit est requis quel que soit le montant du litige. Est-ce là une condition tellement rigoureuse qu'on ne soit jamais dispensé de produire une preuve écrite, ou bien est-ce seulement une réaffirmation plus étendue de la prohibition de la preuve par témoins ? La cour de révision s'est prononcée dans ce dernier sens dans une cause de Bélanger v. Paxton (14 R. L, 526), contrairement à l'opinion exprimée par le juge Mathieu en première instance. On a considéré que les exceptions ordinaires apportées par l'article 1233 aux règles de la preuve s'appliquaient à l'article 1067. Cette décision est certainement conforme à la tendance générale de notre jurisprudence qui admet facilement, sinon la preuve testimoniale, du moins la preuve de faits matériels d'où résulte un aveu de la part de la partie, c'est-à-dire une présomption de l'homme.

On pourrait justifier ces conclusions par l'application d'un principe que nous n'avons pas vu invoquer dans le rapport de ces causes. Nous avons vu que la preuve testimoniale n'est prohibée que pour les faits juridiques, mais que les faits matériels peuvent être prouvés par témoins, ou plutôt ne peuvent pas être prouvés autrement. Lors donc qu'une présomption résulte d'un fait matériel prouvé légalement, c'est-à-dire par témoins, pourquoi ne l'admettrait-on pas aussi bien que la présomption qui résulte d'un fait juridique prouvé par écrit quand le montant dépasse $50 ? Notre Code ne contient aucune prohibition quant à l'admission des présomptions ; il abandonne

cette matière à l'appréciation du tribunal (C. C. 1238) et ne contient pas la disposition de l'article 1353 du Code Napoléon qui assimile les présomptions à la preuve par témoins. Il faudrait donc considérer les présomptions non pas comme un commencement de preuve par écrit, ainsi qu'on l'a fait quelquefois pour admettre la preuve par témoins mais comme une preuve légale du fait qu'elles établissent d'une manière complète. Un fait matériel peut toujours être prouvé par témoins en vertu du par. 5 de l'article 1233, et, s'il en résulte une preuve complète, il faut l'admettre. Par exemple on ne saurait avoir une meilleure preuve que le locateur a consenti à la résiliation du bail que dans le fait qu'il a lui-même placé sur la porte une affiche portant que la maison est à louer, ou bien qu'il a aidé le locataire à déménager.

C'est ainsi que l'on admet ce genre de preuve pour établir la renonciation du propriétaire aux clauses introduites quelquefois dans les baux, où il est stipulé que le locataire ne pourra sous-louer sans la permission par écrit du locateur. Il est vrai que dans ce dernier cas il y a lieu de se montrer moins sévère pour l'observation d'une règle qui dépend de la seule volonté des parties, pour laquelle les raisons d'ordre public qu'on invoque quelquefois n'existent pas et à laquelle la partie peut après tout renoncer comme à toute autre clause du contrat. (Persillier vs. Moretti, 14 L. C. J. 29 ; Molleur vs. Favreau, 1 L. C. L. J. 28 ; Cordner vs. Mitchell, 1 L. C. L. J. 28 et 58 ; Bissonnet vs Guérin 7 L. N. 368 ; McKenzie vs Wilson, 10 L. N. 113.)

Il est encore une règle qu'on applique avec rigueur dans notre droit c'est que les actes des corporations doivent être prouvés par écrit ; ceci s'applique non pas aux contrats passés par leurs agents, qui peuvent être prouvés suivant les règles ordinaires du droit, mais aux délibérations et décisions des conseils qui les représentent. (Letellier v. Com. d'Ecoles de Ouiatchouan, en appel, 1889. C'est que la loi exige que les délibérations de ces corps soient consignées dans des registres qui en font foi et contre lesquels il n'est pas permis de prouver. Ce dernier motif s'applique aussi à tous les cas où la loi exige la tenue de registres ou la rédaction d'écrits en matière administrative et judiciaire. Ces questions étant d'intérêt public il ne peut y être dérogé même de consentement.

Enfin des dispositions exceptionnelles exigent une preuve écrite pour le transport des vaisseaux enrégistrés, les hypothèques sur ces vaisseaux et l'engagement des matelots. Mais le défaut d'observation des formalités n'empêche pas toujours la preuve par témoins ; ainsi pour la vente des vaisseaux enrégistrés il y aurait moyen de prouver la vente verbale pour obtenir des dommages, mais pas pour revendiquer le vaisseau, car l'écrit est nécessaire pour transporter la propriété. 17-18 Vict. ch. 104, sec. 55 ; S. R. C. ch. 72, secs. 32 et 52 ; ch. 74, secs. 25, 26, 35, 37 ; ch. 75, secs. 4 et 9. L'engagement par écrit n'est exigé que pour la protection du matelot qui, lui, peut le prouver par témoins.

SECTION IV

De la preuve testimoniale en matière de questions d'état.

SOMMAIRE:

101. Historique de la question.
102. Nature des faits à prouver.
103. Preuve des naissances et des décès.
104. Du mariage.
105. Des vœux de religion.
106. De la filiation.

101. L'état civil des personnes est constaté par les registres de l'état civil, et comme la loi a régularisé la tenue de ces registres en vue de la preuve qu'on peut en tirer, la règle générale en ces matières est qu'on doit produire les actes de naissance, de décès ou de mariage, quand on veut prouver aucun de ces faits ; la même règle existe pour les actes de profession religieuse emportant mort civile.

L'usage de tenir de semblables registres était suivi bien longtemps avant que le législateur eut songé à en profiter. L'Ordonnance de Villers-Cotterets, en 1539, ordonnait la tenue des registres de baptême. L'Ordonnance de Blois (1579) ordonne aux greffiers de forcer les curés et vicaires de leur ressort de déposer les registres de baptêmes, mariages et sépultures. Mais dans ce temps-là encore la preuve par témoin de l'état civil des personnes était reçue, ce qui était indispensable vu que les ordonnances n'étaient pas observées. L'Ordonnance de Moulins (art 55.) ordonne la tenue des registres de profession religieuse.

Toutes ces lois ont été reproduites et régularisées par l'Ordonnance de 1667. Cependant, pour obtenir l'observation exacte de ces lois, il fallut deux nouvelles dispositions, l'Edit de 1691 et la Déclaration de 1736.

En Canada on sait que les registres ont toujours été tenus d'une manière satisfaisante dès l'origine de la colonie. C'est à l'Eglise et au clergé qu'on doit cette institution que le droit civil a reconnue et sanctionnée. Le chapitre 20 des Statuts Refondus du Bas-Canada a été reproduit par le Code Civil ; il reproduisait lui-même nos anciens statuts qui avaient appliqué les dispositions de l'ordonnance à toutes les congrégations religieuses des différentes dénominations et réglé la procédure concernant l'authentication des registres et leur dépôt. C'est en 1795, par l'ordonnance 35 Geo. III, ch. 4, que fut réglée cette matière d'une manière à peu près définitive.

102. Parmi les faits constatés par les registres, deux sont de l'ordre purement naturel, les naissances et les décès. Le mariage participe de la nature des conventions, ainsi que les vœux de profession religieuse.

C'est par exception à la règle qui veut que la preuve testimoniale soit admise dans les cas où il a été impossible de se procurer un écrit que l'on exige la production de l'acte de naissance et de l'acte de décès. En effet, ces faits sont purement matériels Quant aux actes de mariage eux-mêmes, la règle qui permet au tiers de faire la preuve par témoins de faits auxquels ils n'ont pas pris part, reçoit de notables exceptions comme nous verrons.

103. Quand il s'agit du fait pur et simple du baptême ou du décès on est toujours admis, à défaut d'acte de naissance ou de décès, à le prouver par témoins, soit que les registres n'aient pas été tenus à l'époque et à l'endroit où la naissance, ou le décès en question (ou plutôt le baptême, ou la sépulture en question) ont eu lieu, soit que ces registres aient été perdus (C. C. 51). Dans le cas où des registres réguliers ont été tenus il est permis de faire rectifier le registre en y insérant l'acte omis, sur preuve des faits de baptême et de sépulture (C. C. 77.) En France on discute pour savoir s'il est permis de prouver par témoins quand il y a eu simplement omission. Notre article 77, qui n'existe pas dans le Code Napoléon, enlève toute la difficulté ; mais il faut remarquer qu'on ne serait pas admis à prouver par témoins une naissance ou un décès omis dans le registre sans recourir à la procédure particulière pour rectification des registres. Ce n'est pas l'acte omis que l'on insère dans le registre à sa date ; c'est le jugement de rectification qui en tient lieu. Il serait impossible de faire dresser l'acte omis lorsque l'officier public, le curé, le vicaire, ou le ministre est décédé. Il faut prouver les faits que l'acte aurait dû constater ; ainsi la preuve de la possession d'état ne suffirait pas. S'il était impossible d'obtenir la rectification du registre, il faudrait probablement permettre la preuve par témoin de la naissance ou du décès.

Tous les auteurs français l'admettent.

Si le registre avait été tenu irrégulièrement, c'est comme s'il n'avait pas été tenu du tout pour la preuve

des actes qui auraient dû y être entrés. Il faudrait tout de même recourir à la procédure pour rectification des registres, à moins que le registre fût si irrégulier qu'il ne pourrait être considéré comme authentique. Si l'acte avait été rédigé sur une feuille volante, il faudrait le faire entrer sur le registre.

Lorsque le registre a été tenu régulièrement, mais que la page où l'acte devrait se trouver a été arrachée, le cas devrait être assimilé à celui de la perte du registre. C'est ainsi qu'on a décidé en France, mais il faut remarquer qu'en France l'article 77 de notre Code n'existe pas. Cependant l'article 77 ne parle que du cas où l'acte a été omis, et s'il a existé on ne peut pas dire qu'il a été omis.

Nous avons dit que ces règles ne s'appliquent que pour la preuve du fait de naissance simplement, ou de décès. C'est, qu'en effet, si l'on veut prouver la naissance en vue d'établir la filiation, la loi a mis des restrictions spéciales à la preuve par témoins ainsi que nous verrons ci-dessous.

Quant à la manière d'établir le fait par témoins la loi ne fixe aucune règle. L'article 51 dit : " par les registres et papiers de famille, ou autres écrits, ou par témoins." On n'est tenu de fournir aucun écrit ; on peut faire entendre les témoins immédiatement, et les présomptions ordinaires suffisent pour établir le fait. C'est au juge à en apprécier la valeur.

Les actes de l'état civil comme tous les autres actes, authentiques ou non, sont sujets à être contredits par témoins par tous ceux qui n'y ont pas été parties, c'est-à-

dire qui n'y ont pas pris part en les signant ou y assistant comme témoins ; sauf toujours la partie de l'acte qui est authentique, celle qui est constatée et certifiée sous la responsabilité de l'officier public. Ainsi les déclarations des parties, celles qui constatent, par exemple, le jour de la naissance, le nom de la mère, ou du père s'il n'assistait pas à l'acte, peuvent être contredites par témoins. Mais le fait du baptême, le jour où il a eu lieu, et tout ce que l'officier public constate lui-même en cette qualité est authentique, et ne peut être contesté sans inscription de faux.

La preuve contraire est de droit ; ainsi on peut contredire par témoins la preuve faite pour établir la naissance ou le décès.

Si l'acte n'est pas régulier, par exemple n'est pas entré sur le registre ou n'y est pas entré à sa date (C. C. 46), il ne remplit pas alors les conditions exigées par la loi pour être authentique. Il pourrait alors servir de commencement de preuve par écrit contre ceux qui l'ont signé, mais n'étant pas authentique il peut être contredit sans inscription de faux.

104. L'article 51 du Code permet de prouver le mariage dans les cas où les registres ont été perdus, ou n'ont jamais existé. Ceci est conforme aux principes généraux ; car on ne peut pas reprocher aux parties la faute de l'officier public qui n'a pas tenu de registres, encore moins la perte des registres, l'admission de la preuve par témoins dans ce dernier cas n'étant que l'application du par. 6 de l'art. 1233.

Ce que nous avons déjà dit de l'application de l'article 51 s'applique à l'acte de mariage.

L'article 159 dit que " nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage s'il ne réprésente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 51."

Cela veut-il dire que l'article 77 ne s'applique pas aux actes de mariage omis dans le registre ? Rien ne l'indique. Il est vrai que la preuve par témoins est ici prohibée expressément ce qui n'a pas lieu pour les naissances et les décès ; mais la rectification du registre est une procédure spéciale entourée de certaines garanties, tel que la présence de tous les intéressés, et quand le registre a été corrigé il devient une preuve écrite et authentique de l'acte qu'on y a fait insérer. Ce qui est défendu c'est de faire directement la preuve par témoins avant d'avoir fait rectifier le registre. Quant à la preuve à faire, le juge devra se montrer plus sévère que pour les naissances et les décès, mais le tout est laissé à son appréciation. La possession d'état ne saurait suffire parce qu'elle ne prouve pas le fait du mariage ; l'article 160 dit qu'elle ne dispense pas les époux de représenter l'acte de célébration, et, si cette preuve ne suffit pas pour prouver l'état d'époux, encore moins peut-elle servir à reconstituer l'acte de célébration du mariage.

La preuve testimoniale est encore admise pour prouver le mariage dans le cas de l'article 162 qui permet aux enfants de père et mère décédés d'invoquer la possession

d'état de leurs parents, quand cette possession n'est pas contredite par l'acte de naissance. Il est difficile en effet d'exiger des enfants la preuve du mariage quand les parties à ce mariage ne sont plus là pour leur indiquer où la prendre. La possession d'état dans ce cas suppose aussi que les parents ont toujours vécu et sont morts avec cette possession incontestée, ce qui la rend d'autant plus sûre. La même raison n'existe pas pour les parents eux-mêmes ; et, quant aux tiers, on n'a pas voulu faire pour eux l'exception que l'on admet en faveur des enfants dont l'intérêt est autrement considérable et mérite les faveurs de la loi. Ils peuvent prouver deux possessions d'état, celle de l'enfant et celle des parents. S'ils représentent l'acte de mariage, il reste encore à prouver la possession d'état des parents, car l'acte de naissance ne prouve pas le mariage, même lorsqu'il le constate.

La possession d'état que la loi admet pour la preuve de filiation, comme nous verrons, parce qu'elle est la meilleure preuve dans ce cas, n'offre plus les mêmes garanties quand il s'agit des époux : l'admettre serait sanctionner le concubinage et régulariser par sa prolongation même, une position illégitime. En un mot la possession d'état dans ce cas ne prouve rien et c'est pour cela que la loi la rejette (C C. 160). *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

Quand la preuve de la possession d'état est admise, elle se fait par témoins ; car c'est un fait qui n'a rien de conventionnel, ou plutôt c'est une succession de faits, un état de choses qu'aucun écrit ne pourrait constater. Il n'y a pas de dangers d'ailleurs à l'admettre, car la multiplicité des faits qu'elle suppose, le temps, les cir-

constances, la rendent impossible, pour ainsi dire, à falsifier, et très facile à contredire. La preuve contraire se fait également par témoins.

105. Les vœux perpétuels sont des faits conventionnels. Il est difficile de supposer que la partie elle-même puisse avoir à en faire la preuve, puisqu'ils entraînent la perte de tout droit. Quant aux tiers, ils ont toujours la ressource de la preuve testimoniale dans le cas de l'article 51 puisqu'elle est alors de droit commun, malgré que cet article ne mentionne pas le cas des vœux de religion. L'Ordonnance de Moulins (art. 55) admettait la preuve testimoniale dans les cas prévus par l'art. 51 du Code Civil. L'article 77 du Code Civil s'applique aussi aux registres de profession religieuse.

106. La preuve de la filiation se compose de deux éléments : d'abord la preuve de la naissance, qui prouve la filiation maternelle, puis la preuve du mariage qui prouve la filiation paternelle. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Quant la preuve se fait par la possession d'état cependant on peut prouver directement la possession d'état vis-à-vis du père.

Dans notre droit la recherche de la paternité est permise et la preuve de la filiation naturelle se fait de la même manière que celle de la filiation légitime(C C. 241). Les règles que nous allons exposer sont indépendantes de celles que nous venons de voir pour la preuve des baptêmes, qui ne valent que pour établir le fait du baptême. l'âge, la nationalité. Au point de vue spécial de la filiation la preuve par témoins n'est admise qu'avec

un commencement de preuve par écrit. Quant au mariage la preuve doit s'en faire légalement suivant les règles que nous avons exposées.

La preuve de la filiation se fait par l'acte de naissance (C. C. 228) et, à défaut d'acte, par la possession d'état (C. C. 229). S'il y a titre et possession conforme on n'est pas admis à faire la preuve contraire (C. C. 230). Mais s'il n'y a que l'un des deux, on peut faire la preuve contraire, même par témoins, suivant la règle ordinaire.

Le possession d'état se prouve par témoins ; c'est le fait que l'enfant a été traité suivant l'état qu'il réclame et qu'il a passé généralement pour ce qu'il prétend être. C'est une présomption, mais elle est convaincante, et le Code la préfère à la preuve directe.

Si l'enfant n'a ni titre, ni possession d'état, il est admis à prouver sa filiation par témoins, mais seulement " lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultants de faits dès lors constants sont assez graves pour en déterminer l'admission " (C. C. 232). Il est aussi admis à le faire s'il est entré dans l'acte comme né de père et mère inconnus, ou sous de faux noms. C'est le droit commun, car on peut contredire l'acte auquel on n'a pas été partie, et les déclaration qui constatent ces faits ne sont pas authentiques. On n'exige pas qu'il explique pourquoi il ne représente pas l'extrait du registre des baptêmes.

Le commencement de preuve par écrit est ici d'une nature spéciale et cela tient à la nature des faits à prouver. Dans les causes civiles ordinaires la contestation ne regar-

de en général que les parties qni y sont engagées. Ici la contestation regarde et intéresse toute la famille dans laquelle le poursuivant demande à entrer. On admet donc comme commencement de preuve par écrit " les titres de famille, les registres et papiers domestiques du père et de la mère, les actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante " (C. C. 233).

Les écrits qui sont admis ici sont de véritable aveux de la partie adverse. Les documents dont il est question sont les moins suspects, car ce que l'on entre dans ses papiers privés, pour son propre usage, offre toutes les garanties de véracité; on n'est pas censé, en effet, se mentir à soi-même et l'on ne conçoit pas le fait d'un père entrant sur son tableau de famille le nom d'un enfant qu'il n'a jamais eu. Les écrits émanés de la partie engagée dans la contestation présentent ces caractères.

Que la loi n'admette pas l'écrit émané de la partie qui reste en dehors de la contestation ceci est de droit commun. Mais c'est par exception qu'elle admet l'écrit émané de la personne décédée qui eût été intéressée dans la contestation ; la raison est que l'écrit n'est pas suspect dans ces circonstances et vaut l'écrit émané de la partie adverse.

L'article 233 n'a rien de limitatif quant à la qualité de l'écrit ; c'est tout écrit quelconque qui rend vraisemblable le fait de la filiation.

L'appréciation de la valeur du commencement de preuve par écrit est laissée au juge de même que celle de

la valeur des présomptions résultant de faits assez graves pour déterminer l'admission de la preuve par témoins. Mais de ces faits graves la preuve par témoins n'est pas permise. Il faut qu'ils soient *constants*, c'est-à-dire non contestés ou non contestables ; s'ils résultent d'un écrit, ils sont un commencement de preuve par écrit.

L'article 234 contient une disposition assez remarquable ; il permet dans ce cas spécial où l'on veut *contredire* la preuve de filiation, de prouver des faits que le père n'est pas admis à prouver dans le cas de désaveu. C'est-à-dire qu'il permet au père de désavouer indirectement même en dehors des cas où le désaveu direct est permis. C'est qu'alors qu'il ne s'agit plus de contredire l'état que possède un enfant, mais de nier celui qu'il réclame. Mais ceci ne nous intéresse qu'en autant que cette preuve contraire peut se faire *par tous les moyens*, c'est-à-dire par témoins même, ce qui n'est pas d'ailleurs une exception au droit commun.

CHAPITRE TROISIÈME

DEUXIEME PRINCIPE : "LETTRES PASSENT TEMOINS."

SECTION I

Double origine de l'article 1234

SOMMAIRE

107. Rédaction conforme au droit anglais.
108. Règle énoncée dans l'Ordonnance de 1667.
109. Changement introduit par le Code.
110. Droit anglais en matière de commerce.

107. Avant d'entrer dans l'examen de cet article 1234, il faut savoir où en est la source et dans quel droit, anglais ou français, il faut en chercher l'interprétation. La même règle existe dans les deux, et avant le Code Civil la même règle existait dans notre droit, avec des effets quelque peu différents suivant qu'on l'appliquait aux contrats commerciaux ou aux contrats civils ordinaires. Pour ces premiers, c'était le droit anglais qu'on appliquait ; pour les seconds, le droit français.

Le Code Civil a reproduit cette règle et l'a faite applicable dans tous les cas telle que formulée, sans dire avec

quel effet. Les codificateurs ont cité l'Ordonnance de 1667 et les auteurs français sous l'article 1234. Mais laissant de côté la rédaction de l'article 2 du titre 20 de l'Ordonnance de 1667, ils ont adopté la phraséologie du droit anglais, telle que consignée dans Greenleaf et Taylor. Remarquons cependant que ces auteurs énoncent une règle dont les termes n'ont rien de rigoureux, qui n'est pas une disposition législative. Faut-il en conclure que les codificateurs ont voulu mettre de côté la règle telle qu'on l'appliquait sous l'Ordonnance de 1667 ? Oui, si les termes adoptés ont un sens différent. Sinon, il faut continuer à considérer l'Ordonnance, et les auteurs qui l'ont commentée, comme la source de notre droit, sauf à tenir compte des changements introduits par les termes de l'article. En changeant la rédaction, les codificateurs n'ont pas changé la source du droit, il faudrait pour cela qu'ils l'eussent déclaré, comme l'Ordonnance de 1785 l'avait déja fait.

Si les codificateurs en effet n'ont rien changé au fonds du droit, peu importe les termes qu'ils ont employés. Presque toutes les dispositions du Code sont rédigées en termes différents des lois antérieures qu'elles reproduisent. Les codificateurs n'ont pas indiqué l'article 1234 comme étant de droit nouveau ; au contraire, ils réfèrent à lOrdonnance de 1667 dans leur rapport.

108. Voyons donc quelle était la règle énoncée par l'Ordonnance de 1667. L'article 2 du titre 20 de cette ordonnance dit : "ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait

allégué avoir été dit avant, lors et depuis les actes." La première partie de la disposition défend de contredire l'écrit au moyen de la preuve par témoins et de prouver que le contrat n'est pas celui que l'écrit constate, c'est-à-dire qu'elle défend d'en changer les termes. C'est là l'interprétation unanime des auteurs français, anciens et modernes, et le Code Napoléon n'a fait que reproduire l'ordonnance dans les mêmes termes. C'est évidemment le même sens que celui de notre article 1234.

La seconde partie de l'article distingue ce qui a *été dit avant lors et depuis*, de ce qui a été *écrit*; ceci se rapporte évidemment aux dires et pourparlers que les parties n'ont pas jugé à propos de mettre par écrit, dires et pourparlers sur le même sujet que le contrat écrit. On suppose que les parties ayant rédigé leur convention par écrit ont voulu s'en rapporter à l'écrit sans tenir compte du reste, et, par conséquent, permettre d'en tenir compte et de le prouver ce serait contredire ou changer l'écrit. La seconde partie de la prohibition ne serait donc qu'une réaffirmation de la première partie. Elle n'y ajouterait rien mais elle l'expliquerait. C'est là le sentiment de Laurent (19 Laurent, no 471).

Cependant la plupart des auteurs soutiennent que cette seconde partie de l'article 2 de l'ordonnance défend de prouver toute convention verbale intervenue depuis l'écrit à l'effet d'y substituer un nouveau contrat. On ne trouvera rien de cela dans Pothier. et il est difficile de concevoir qu'une convention subséquente, distincte de la première, ne puisse pas être prouvée par témoin, lorsque

le montant n'excède pas $50, sous prétexte que c'est un *dire* des parties. L'ordonnance ne dit pas ce qui a été *convenu* depuis, mais ce qui a été *dit*. Faire une convention nouvelle n'ont pas contredire l'acte qui constate la première. Cependant la jurisprudence s'est prononcée contre l'opinion de Laurent. On considère que les conventions subséquentes doivent être considérées comme de simples propositions non suivies d'effet puisqu'on n'a pas pris la peine de les écrire, et qu'il n'est pas plus difficile de prouver faussement une convention subséquente que des pourparlers au sujet de la convention écrite.

109. Quoiqu'il en soit de cette question, nous croyons que les codificateurs ont réglé la difficulté d'interprétation de l'article de l'ordonnance en retranchant la partie qui, suivant Laurent, n'est qu'une " de ces redondances comme ou en trouve tant dans les anciennes lois."

Nos tribunaux ont toujours eu recours au droit français pour interpréter l'article 1234. Labelle v. Pesant, 14 R. L. 306 ; DeSalaberry v. Faribault, 11 R. L, 621 ; McConnell v. Millar, 14 R. L. 587 : Malhiot v. Brunelle, 15 L. C. J. 197 ; Gilchrist v. Lachaud 14 Q. L. R. p. 278.

La règle de l'article 1234 ainsi interprétée est conforme, dans l'ensemble, au droit anglais aussi bien qu'au droit français ; mais il y a des différences dans les détails, ainsi que nous verrons ci-dessous et ces différences nous intéressent au point de vue des contrats commerciaux.

110. Dans les affaires commerciales faut-il interpréter l'article 1234 d'après le droit anglais ?

Nous avons déjà répondu à cette question en admettant que la source du droit n'a pas été changée. Avant le Code la même règle existait pour les contrats civils ordinaires dans l'Ordonnance de 1667 ; pour les contrats commerciaux dans l'Ordonnance de 1785 et dans le droit anglais. Les codificateurs n'ont pas voulu changer le droit existant, du moins il ne l'ont pas indiqué ; et l'article 1206 laisse la question intacte quoiqu'il change en principe l'Ordonnance de 1785. En déclarant qu'on aura recours au droit anglais pour les cas non prévus par le Code il ne décide pas laquelle des deux interprétations que comporte l'article 1234 doit l'emporter. On doit donc, comme avant le Code, continuer à appliquer sur ce point le droit anglais aux affaires de commerce. Mais il faut appliquer d'abord les règles du Code Civil qui sont incompatibles avec le droit anglais, conformément à l'article 1206.

Nous aurons donc à examiner l'article 1234 à un double point de vue ; d'abord au point de vue du droit français, puis d'après le droit anglais pour les contrats commerciaux. Il faut ajouter que le droit anglais est en force à un autre titre quand il s'agit des lettres de change et billets promissoires en vertu de l'article 2341 du Code Civil.

La jurisprudence a continué, depuis le Code, à appliquer dans le cas prévu par l'article 1234 tantôt le droit anglais tantôt le droit français suivant qu'il s'agissait d'affaires de commerce ou non.

SECTION II

Affaires civiles ordinaires.

111. Raison de la règle et son efficacité.
112. L'article 1234 et son application.
113. Distinction entre l'écrit et la convention qu'il constate.
114. Véritable sens de la règle.
115. Preuve testimoniale permise pour l'interprétation.
116. Date de l'écrit.
117. Conventions verbales subséquentes.
118. Fraude au sujet de l'écrit.
119. La règle n'est pas applicable aux tiers.
120. Sens du mot " écrit. "
121. Exceptions à l'article 1234.
122. Règle qui exige la meilleure preuve.

111. L'origine de cette règle qui défend d'attaquer la preuve écrite par le témoignage verbal remonte au droit romain. *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur* (L. 1. C. *de test.* 4, 20). Mais nous avons vu qu'elle n'a pas toujours été admise avant l'Ordonnance de Moulins.

La maxime " lettres passent témoins " repose sur cette vérité incontestable que l'écrit ne ment pas, ne change pas, et retient ce qu'on lui confie plus fidèlement que la mémoire. *Vox audita perit, littera scripta manet.* Mais, d'un autre côté, un écrit n'est lui-même qu'un témoignage et ne doit prévaloir contre le témoignage verbal que s'il reunit certaines conditions dont la constatation dépend après tout de la preuve testimoniale.

Ainsi l'acte authentique ne fait preuve que jusqu'à ce qu'il soit attaqué en faux, et le faux se prouve par témoins.

L'écrit sous seing privé ne fait preuve que s'il est reconnu ou légalement prouvé, et cette preuve se fait par témoins. En ce sens il est vrai de dire : *Testibus non testimoniis credendum.*

On dira que c'est un leurre et que la prohibition de la preuve testimoniale n'atteint pas son objet, puisqu'on y revient toujours par un détour. Mais non, cette loi, au contraire, est très effective dans l'objet qu'elle veut atteindre. Son but est d'empêcher les contestations et de rendre les preuves plus sûres. Or, la signature d'un écrit est un fait facile à constater et à prouver, et difficile à contester. C'est un fait non équivoque que la mauvaise foi peut affirmer ou nier, mais sur lequel la mémoire ne saurait se tromper. Dans le droit romain on avait fixé des formules invariables pour les contrats *verbis* précisément afin de réduire la preuve à un seul fait : le consentement pur et simple, dépouillé de toutes circonstances sur lesquelles les témoins pussent se contredire. D'ailleurs il suffit d'en appeler à l'expérience journalière des tribunaux pour voir que l'inscription en faux est chose extrêmement rare, et que la simple dénégation de la signature d'un écrit est presque aussi rare dans les procès. Dans l'immense majorité des cas l'écrit est donc admis. Ce premier objet étant atteint la foi due à l'écrit reste entière et le but de la loi est accompli. Quand la vérification de l'écrit est nécessaire, on a au moins l'avantage d'avoir simplifié

considérablement le sujet de la preuve et diminué d'autant les chances d'erreur.

112. Le principe que nous examinons se trouve formulé en ces termes : dans l'article 1234 du Code Civil "Dans aucun cas la preuve testimoniale ne peut être admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait."

La règle s'applique sans égard au montant en litige. Elle n'offre même d'intérêt réel que dans les causes de pas plus de $50, puisqu'au-dessus de ce montant la preuve par témoins est déjà prohibée. Les mots "dans aucun cas" dans l'article 1234 sont évidemment destinés à remplacer les mots suivants de l'ordonnance : "encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent livres."

Une des conséquences de cette règle est qu'il n'est pas permis de faire la preuve par témoins, lorsqu'il existe un écrit, même si l'écrit n'est pas produit. Sous prétexte de prouver le contenu de l'écrit on pourrait en effet prouver bien au-delà et même le contraire de l'écrit si l'on pouvait se dispenser de le produire. Le cas est d'ailleurs prévu par l'article 1204.

En examinant cette règle de l'article 1234, il faut se garder de confondre deux questions bien distinctes, celle de la preuve de l'acte et celle de la preuve de son contenu. Ce qu'on ne peut contredire ou changer ce sont les termes de l'écrit ; ceci laisse intacte la preuve de l'écrit. Aussi l'article ajoute-t-il : "d'un écrit *valablement fait.*" Ainsi la validité de l'écrit reste en dehors de l'opération de

l'article 1234. Nous avons vu qu'il faut recourir à l'inscription en faux pour attaquer la validité de l'écrit authentique ; pour l'écrit sous seing privé il suffit d'en nier la signature sous serment, et alors la partie qui l'invoque doit le prouver. (C. P. art. 145.) Dans les deux cas la preuve par témoins est admise.

113. Il ne faut pas confondre non plus la preuve du contenu de l'écrit avec la validité de la convention qu'il constate. Ainsi, lorsque je demande qu'un acte d'obligation soit déclaré nul parce qu'il est entaché de fraude, je ne contredis pas les termes de l'écrit, j'admets que l'acte a été signé et que la convention a réellement eu lieu, mais j'invoque des manœuvres frauduleuses pour faire déclarer nulle la convention elle-même ; je demande à prouver un fait extrinsèque, qui n'est pas constaté par l'acte d'obligation. C'est l'application pure et simple de la règle qui permet la preuve par témoins des délits et quasi-délits et des faits dont on n'a pu se procurer une preuve écrite. Il en est ainsi de tous les faits qui vicient le consentement et qui sont des causes de nullité des conventions comme la violence, l'ivresse, la démence, l'erreur. La preuve de la simulation est aussi permise entre les parties, quand elle a pour objet de couvrir une fraude à la loi. (Voir *Supra*. no. **49.**)

114. Le véritable sens de la règle qui défend de contredire ou changer les termes d'un écrit au moyen de la preuve par témoins, est celui-ci : il est défendu de prouver par témoins que la véritable convention passée entre les parties n'est pas celle qui est exprimée dans l'acte ; il est défendu de prouver l'intention secrète des parties, celle

qu'elles n'ont pas jugé à propos de constater par écrit. L'écrit est censé reproduire l'intention définitive des parties, il faut leur en laisser le bénéfice, ne pas en diminuer la valeur en exposant les parties à voir remettre en question ce qu'elles ont voulu établir une fois pour toutes.

Ainsi je vous consens un acte d'obligation sans terme : il n'est pas permis de prouver qu'il était entendu que le paiement ne serait exigé que dans un an. Prouver un terme ou une condition qui n'est pas exprimé dans l'acte, c'est en changer les termes, c'est lui donner un effet différent de celui qu'il comporte, car, d'après l'acte, je puis vous forcer à payer sans délai.

115. Il n'est pas défendu de faire expliquer par des témoins le *sens des mots*, de prouver l'intention *exprimée* des parties. Ainsi j'emploie dans un contrat un terme dont le sens est parfaitement clair dans le langage ordinaire, mais qui possède un sens technique différent dans le langage professionnel des parties ; il me sera permis de prouver par témoins le sens particulier de ce mot ; on n'entend pas les témoins pour prouver que l'intention des parties était de lui donner tel sens, mais le sens particulier, l'usage étant prouvés, il doit ressortir des circonstances que c'est bien là le sens du terme employé dans l'acte. Ce n'est pas changer les termes de l'acte c'est prouver un fait extrinsèque, un fait matériel, l'usage, qui en modifie le sens. Cette règle, qui permet aussi de prouver des circonstances extrinsèques pour interpréter un acte, est d'une application très difficile dans la pratique.

116. Peut-on prouver entre les parties la date de l'acte lorsque celle-ci n'est pas exprimée ? Laurent prétend que non ; (vol. 19, no. 477) ; Pothier dit que c'est douteux, (*Oblig*. no. 796) mais la plupart des auteurs l'admettent, entr'autres Danty, qui dit que l'acte est en quelque sorte un commencement de preuve par écrit de sa date. Ceci semble erroné, car l'écrit n'a aucun rapport avec sa date, en ce sens que l'écrit, par lui-même, ne fait pas présumer une date plutôt qu'une autre.

Le cas peut se présenter dans les circonstances suivantes : Je vous poursuis sur une promesse écrite qui ne porte pas de date ; vous m'opposez une quittance générale de toute dette en date du 1er mars dernier : me sera-t-il permis de prouver que vous avez signé cette promesse depuis ? On voit qu'ici toute l'obligation consiste dans la date de l'écrit. Prouver la date, c'est prouver en outre l'écrit. Il nous paraît plus probable que la preuve ne doit pas être admise.

117. Il est généralement admis que le paiement de l'obligation et la remise peuvent être prouvés par témoins lorsque le montant ne dépasse pas $50. Ce n'est pas contredire l'acte, c'est le réaffirmer en prouvant son exécution (Pothier, *Oblig*. no. 798).

Quant aux conventions qui ne sont pas une exécution de l'obligation, mais qui la modifient, on enseigne généralement qu'elles ne peuvent être prouvées par témoins et l'on invoque à l'appui, en France, les mots de l'article 1341 du Code Napoléon, reproduits de l'ordonnance, " ni sur

ce qui serait allègué avoir été dit avant, lors et depuis ". Nous avons déjà dit que les codificateurs semblent avoir adopté l'interprétation contraire ; ils ont voulu trancher la difficulté car ils ont retranché ces mots de notre Code. C'est d'ailleurs conforme au droit anglais, ce qui a l'avantage de rendre uniforme sur ce point l'application de l'article 1234.

118. Il n'est pas permis d'attaquer la *preuve faite par l'écrit* même sous prétexte que l'écrit a été rédigé sur de fausses représentations, parce qu'alors rien ne vous empêchait de constater le tout par écrit. Ce n'est plus alors un fait extrinsèque que vous voulez prouver ce sont les termes même de l'acte que vous attaquez. Par exemple : je vous ai déjà payé $50 sur une créance de $100 que vous aviez contre moi, et vous m'avez donné un reçu pour autant ; je vous demande plus tard un nouveau reçu sous prétexte que j'ai perdu le premier, et vous me donnez ce nouveau reçu, daté du jour où je vous le demande, sans mentionner que c'est un double. Je me trouve en possession de deux reçus pour $50 ; et si vous me poursuivez je pourrai vous opposer mes deux reçus pour prouver que j'ai payé toute la dette. Vous ne seriez pas admis à prouver que le second reçu a été donné sur de fausses représentations, parce que ce serait vouloir le contredire par témoins ; ce serait vouloir prouver que le paiement constaté par l'écrit n'a pas eu lieu. Il en serait autrement, si vous vouliez prouver que le paiement a été extorqué par fraude, car vous admettriez alors le paiement constaté par le reçu.

Le cas s'est présenté dans une cause de Gilchrist v. Lachaud devant la cour supérieure à Québec, en 1888. (14 Q. L. R. p. 278).

119. La prohibition ne s'étend pas aux tiers, elle n'affecte que les parties à l'acte, leurs héritiers et représentants légaux (C. C. 1210, 1222). Il ne vous est pas permis de vous entendre avec un tiers pour constater dans un acte un fait qui m'est préjudiciable. *Res inter alios acta alteri non nocet.* La partie authentique des actes fait cependant preuve contre tout le monde et ne peut être attaquée sans inscription de faux. Nous avons déjà vu que la preuve de simulation de l'acte est permise aux tiers.

120. Une difficulté se présente pour l'interprétation de l'article 1234, c'est de fixer le sens du mot " *écrit* ". Le Code Napoléon emploie le mot " *acte* " qui désigne tout écrit rédigé en vue de faire une preuve (C. N. 1317,1322).

Notre Code emploie presque toujours le mot *écrit*, mais le sens de ce mot se trouve limité par l'article 1210, qui emploie le mot " *acte* " et qui détermine les choses dont l'acte fait preuve Ce sont précisément les faits que les parties avaient l'intention de constater en rédigeant l'acte. L'article 1222 assimile l'écrit sous seing privé à l'acte authentique. Le mot *écrit* dans l'article 1234 doit donc être appliqué à ces écrits que les parties ont rédigés en vue de la preuve, et à cette partie-là seule des écrits qui fait preuve. C'est là aussi le sens du mot " *instrument*" employé dans la version anglaise de l'article 1234.

121. Les exceptions au principe de l'article 1234 sont les cas où l'écrit a été perdu ; lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ; et lorsqu'il y a un consentement de la partie adverse. Nous avons déjà traité ces questions dans un chapitre précédent.

122. Il est un principe que notre Code a emprunté au droit anglais, c'est celui que l'article 1204 énonce dans les termes suivants : " La preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible.

" Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à moins qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originaire ou la meilleure ne peut-être fournie."

Ceci ne regarde pas exclusivement la preuve testimoniale. Ainsi la règle a pour effet d'empêcher qu'on ne prouve un écrit au moyen d'une copie ; mais cette application de l'article reçoit dans notre droit de notables exceptions Une autre conséquence de ce principe est qu'on ne reçoit pas la preuve de oui-dire, *i. e.* la preuve verbale d'une preuve verbale. Mais ceci regarde plutôt la production de la preuve que l'admissibilité de la preuve par témoins.

Cette loi s'applique dans tous les cas, quel que soit le montant en litige, et même s'il y a un commencement de preuve par écrit. Elle empêche de prouver par témoins dans trois cas principaux 1o. Quand la loi exige une preuve écrite comme pour certains contrats, ou en matière d'administration et de procédure, en matière d'état civil ; 2o. Quand les parties ont rédigé leurs

conventions par écrit même sans y être obligées ; 3o. Quand il s'agit d'un fait pertinent à la contestation entre les parties, ou au sujet de la foi due à la déposition d'un témoin, et dont l'existence est contestée.

Ainsi dans ce dernier cas, on ne peut pas demander à un témoin s'il a écrit une lettre contenant telle ou telle chose, sans produire la lettre ; car il serait à craindre que quelque partie importante de la lettre ne restât cachée. Cependant dans l'examen sur le *voir-dire*, si le témoin révèle lui-même l'existence d'un document qui affecte sa crédibilité, on peut l'interroger sur son contenu, car la partie qui l'interroge est censée ignorer l'existence de ce document, et se trouve dans l'impossibilité de le produire. Le paragraphe 6 de l'article 1233 et l'article 1204, viennent de sources différentes ; mais, quoique leur application ne soit pas précisément la même, ils se trouvent à faire double emploi quelquefois. Ainsi l'article 1204 ne permet que de prouver le contenu d'un écrit. L'article 1233 va plus loin, ainsi que nous avons vu, il permet de prouver, soit le contenu de l'écrit, soit même directement les faits constatés par l'écrit. En pratique il n'y a guère de différence.

SECTION III

Affaires Commerciales

— —

SOMMAIRE

123. Règle du droit anglais.
124. Ressemblances avec le droit français.
125. Différences avec le droit français.
126. Lettres de change et billets promissoires.
127. Comparaison entre le droit anglais et le droit français.

123. Les codificateurs ont adopté pour l'article 1234 une rédaction qui s'applique également au droit français et au droit anglais, qui en reproduit les points communs, sans exprimer les différences qui existent dans l'application.

Greenleaf formule la règle comme suit : " *Parol contemporaneous evidence is inadmissible to contradict, or vary, the terms of a valid written instrument.*" (Greenleaf *on evid.* no. 275). Ceci n'est pas un texte de loi.

Par les mots " contredire ou changer " on entend dans le droit anglais la même chose que dans l'Ordonnance de 1667 par les mots " prouver contre ni outre. " Voici comment Taylor expose la règle : *Parol testimony cannot be received to contradict, vary, add to, or substract from, the terms of a valid written instrument.*" (Taylor, *Evid.* No. 1132). Et Greenleaf (*Evid.* no. 275): .....*And all oral testimony of a previous colloquium between the parties or of conversation or declaration at the time it was completed, or afterwards, as it would tend in*

many instances, to substitute a new and different contract for the one which was really agreed upon.....is rejected.

124. La règle dans le droit anglais est basée absolument sur les mêmes raisons que dans le droit français.

Comme dans le droit français, on permet de prouver les causes de nullité des contrats, l'erreur, la fraude, la violence, l'ivresse, la folie. On admet aussi la preuve par témoins en faveur des tiers qui n'ont pas été partie au contrat.

On admet encore la preuve d'un usage, ou de circonstances extrinsèques, de faits matériels, pour interpréter l'écrit, et l'on admet même la preuve par témoins des déclarations ou des dires de la partie ; mais cette dernière preuve n'est admise que dans le seul cas où il s'agit de déterminer de deux choses ou de deux personnes auxquelles convient également la désignation faite dans l'écrit, laquelle est réellement mentionnée dans le contrat.

La preuve de circonstances n'est elle-même jamais admise pour contredire le sens clair de l'écrit ; mais seulement quand les termes en sont inintelligibles, ou pour établir l'identité des personnes ou des choses désignées dans l'acte. La preuve de l'usage va plus loin en ce qu'elle peut avoir pour effet de contredire l'écrit en établissant un usage contraire aux présomptions légales, et de donner un sens différent aux termes de l'écrit.

125. En droit anglais on permet de prouver un contrat *collatéral*, c'est-à-dire un contrat indépendant du contrat écrit mais qui peut y avoir rapport ; on peut

aussi prouver par témoins un contrat qui constitue une condition dont le contrat écrit dépend. Ceci paraît contraire aux termes mêmes de l'article 1234 et présente de grandes difficultés dans l'application (Byers et McMillan, 15 S. C. R. p. 194).

On fait aussi une différence entre un contrat *statutaire*, c'est-à-dire celui qu'un statut ordonne de passer par écrit et un contrat ordinaire. Mais alors tout dépend des termes du statut, et c'est plutôt une question d'interprétation du statut qu'une règle générale de preuve testimoniale. Nous en avons un exemple dans l'article 1235 que nous avons examiné ailleurs.

Il se présente une difficulté pour savoir à quel genre d'écrits s'applique la règle de l'article 1234 en matière de commerce. D'abord ce n'est pas pour tous les faits des *causes* commerciales que l'on doit ainsi recourir au droit anglais, mais c'est dans la preuve des faits d'une nature commerciale seulement. Ceci exclut de l'application de la règle une foule d'écrits qui, de leur nature, n'ont rien de commercial, comme les registres de l'état civil, etc., et tous ceux qui n'ont pas directement rapport à la transaction commerciale, quand même ils seraient invoqués dans la même cause.

Les règles de notre Code sur la preuve écrite s'appliquent aux affaires de commerce comme aux autres, et quant à la nature de l'écrit auquel s'applique l'article 1234 il faut donc consulter d'abord le Code Civil. Ces écrits sont absolument les mêmes que ceux que nous

avons mentionnés plus haut (No **120**), c'est-à-dire tous les écrits faits pour servir de preuve.

Le contrat scellé (*sealed*) du droit anglais n'est pas reconnu dans notre droit, du moins il n'a pas d'autre effet qu'un contrat ordinaire sous seing privé. En Angleterre on exige que ces contrats soient dissous de la même manière qu'ils sont formés, *i. e.* par un écrit sous sceau. *Quomodo quid constituitur eodem modo dissolvitur.*

Dans le droit anglais la règle de l'article 1234 ne s'applique qu'aux écrits qui renferment un contrat, qui sont rédigés pour constater une convention et non pas simplement un fait, même juridique ; ainsi on ne considère pas un reçu comme un écrit auquel s'applique la règle, et on permet de le contredire et de l'expliquer par une preuve testimoniale. Ces distinctions sont inapplicables dans notre droit ; car l'article 1210 et 1222 de notre Code définissent quel est l'effet des écrits authentiques et sous seing privé et cette règle est générale pour tous les actes.

La date et la considération des contrats font partie de l'écrit et ne peuvent être contredits par témoins, malgré la règle contraire du droit anglais.

On admet quelquefois dans le droit anglais la preuve d'une erreur de fait dans la rédaction d'un contrat. Nos tribunaux ont quelquefois admis cette preuve, mais elle n'est pas généralement reçue, même dans le droit anglais. Œtna Life Ins. Co. & Brodie (5 S. C. R. 1).

Le droit anglais permet de prouver qu'une obligation constatée par écrit non scellé (*not under seal*) a été totalement

exécutée ou dissoute ou même modifiée par une convention subséquente.

Les exceptions admises à la règle de l'article 1234 par le droit civil s'appliquent en matière commerciale, c'est à dire que la preuve testimoniale est permise quand il y a un commencement de preuve par écrit ; ou avec le consentement de la partie adverse ; ou quand la preuve écrite a été perdue. Dans ce dernier cas on doit appliquer la règle telle qu'énoncée par le paragraphe 6 de l'article 1233 qui diffère du droit anglais en ce qu'il exige la preuve préalable d'un cas imprévu ; le droit anglais n'exige que la preuve de la perte de l'écrit, ce qui se fait de la manière la moins rigoureuse, en établissant que l'écrit ne peut être trouvé après des recherches raisonnables, suivant les circonstances.

Quand il s'agit de très anciens écrits on peut prouver la manière dont les parties les ont exécutés pour aider à leur interprétation. On suppose que la meilleure interprétation de l'acte est celle que lui ont donnée les parties elles-mêmes par la manière dont elles l'ont exécuté.

126. Dans le cas de lettres de change et billets promissoires, il faut appliquer les règles du droit anglais sans tenir aucunement compte des différences apportées par le Code Civil. Mais il ne faut pas croire que cette exception soit bien considérable. Il ne s'agit pas de l'appliquer à tous les faits qui se présentent dans une action fondée sur une lettre de change ou un billet promissoire comme l'article 2341 le ferait supposer à première vue. Il faut en restreindre l'application aux faits qui se

rapportent directement à la lettre de change ou au billet promissoire. Ainsi, dans une action sur billet promissoire, je plaide compensation par le montant d'une obligation : la preuve sur le billet promissoire sera faite, s'il y a lieu, d'après le droit anglais, mais celle relative à la créance compensatoire sera faite d'après notre droit.

L'article 145 du Code de Procédure crée aussi une exception à l'article 2341 du Code Civil en ce qui concerne la vérification des signatures ; ainsi la preuve des signatures sur les lettres de change et les billets n'est pas requise, à moins qu'elles ne soient niées par un affidavit de la partie.

127. D'après ce que nous avons dit du droit anglais, on peut voir que la différence entre ce dernier et le droit français n'est pas précisément dans les principes mais dans l'application des principes.

En Angleterre où le droit n'est pas écrit, mais se base uniquement sur la pratique des tribunaux, sur les précédents, les principes qu'on trouve énoncés dans les auteurs ne sont que la synthèse des décisions rendues par les cours de justice. Il s'ensuit qu'ils sont moins rigoureux et que des circonstances différentes justifient suffisamment le juge d'appliquer une règle différente. Le droit n'est pas fixé dans des règles théoriques appliquées logiquement et rigoureusement, mais il suit les transformations successives des mœurs et les besoins du temps. On peut dire du droit anglais ce qu'on a dit du droit prétorien à Rome qu'il est *le droit vivant*, et, quand il varie, c'est généralement dans le sens de l'équité.

Mais ces avantages sont compensés jusqu'à un certain point par les contradictions qu'il engendre et l'incertitude qui en résulte : il n'offre guère de principes qu'on ne puisse désagréger par l'analyse, car son origine n'est pas indiscutable comme la règle positive émanant du législateur.

Le droit français, le droit écrit, se plie plus difficilement aux circonstances ; les principes rigides qu'il énonce entraînent dans certains cas particuliers des injustices, qui, cependant, restent inappréciables dans l'ensemble. Mais il a l'avantage d'établir une jurisprudence plus uniforme, et si l'on y rencontre quelquefois des contraditions elles sont moins évidentes, et l'esprit de la loi, sinon la lettre, y est généralement respecté. La jurisprudence ne peut pas aller jusqu'à abroger le texte de la loi, et quels que soient ses errements elle ne saurait s'en affranchir, elle y revient toujours comme vers son centre d'attraction. En ce sens on peut dire du droit codifié : *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis.*

TROISIÈME PARTIE

Sanction des lois sur la preuve par témoins.

SOMMAIRE.

128. Nullité de la preuve.
129. L'enquête dans le droit français.
130. Le procès par jury.
131. Notre système d'enquête.
132. Preuve sous réserve d'objection.
133. Des recours contre le rejet de la preuve.
134. Effet de la preuve par témoins.

128. La sanction des lois prohibitives est la nullité de l'acte prohibé La preuve illégale, celle qui est prohibée par la loi, sera donc nulle, même si elle est reçue par le juge qui a juridiction pour faire l'enquête. Cette nullité peut être invoquée par conséquent en tout état de cause et même en appel, à condition que la partie qui l'invoque n'ait pas expressément ou implicitement renoncé à se prévaloir de la loi qui défend la preuve par témoins. Il suffit que la partie n'ait pas fait objection à la preuve illégale pour que cette dernière soit prise en considération.

Ceci est une question de procédure, mais qui n'en affecte pas moins gravement l'admissibilité de la preuve par

témoins. Il importe donc de voir comment la question se présente en pratique.

129. Dans la procédure française l'audition de la preuve par témoins forme un incident distinct dans l'instruction de la cause ; elle n'a lieu que sur ordonnance de la cour, qui statue par là même sur la question de savoir s'il y a lieu de l'admettre ou non. Le jugement qui l'ordonne détermine en même temps les faits sur lesquels l'enquête doit se faire. C'est que l'enquête, en général, n'a pas lieu devant le tribunal qui doit entendre la cause, mais devant un juge, ou commissaire, auquel la cour délègue ses pouvoirs et donne ses instructions. C'est le juge qui interroge les témoins ; les parties ne peuvent pas intervenir directement, et doivent adresser leurs observations au juge.

130. Le procès par jury dans le droit anglais est fixé par le tribunal qui doit aussi d'avance déterminer les faits à prouver, mais sans cependant distinguer quant à la preuve écrite ou verbale. C'est qu'en effet toute la preuve doit être produite devant le jury pendant le procès. Mais alors c'est au juge qui préside au procès à décider, à mesure que les témoins sont entendus, si tel fait est susceptible d'être prouvé par témoins, et si telle question est légale ou non. Le juge n'intervient que sur la demande des parties, c'est-à-dire pour décider les objections faites soit à l'audition des témoins en général, soit en particulier à la question posée au témoin par l'adversaire.

C'est ainsi que se fait le procès par jury devant nos tribunaux.

131. Notre système d'enquête ordinaire est bien différent du système français. L'enquête a lieu de plein droit, sans aucune permission de la cour. La partie qui veut procéder n'a qu'à faire inscrire la cause sur le rôle pour le jour qui lui convient et à donner avis de cette inscription à la partie adverse dans un certain délai. Au jour fixé les parties se présentent devant le tribunal et produisent leurs témoins. La vérification des écritures, s'il y a lieu, se fait en même temps, et les témoins sont entendus dans l'ordre que choisit la partie qui les produit.

L'interrogatoire des témoins se fait absolument comme dans le procès par jury. Les parties par leurs avocats interrogent elles-mêmes leurs témoins et transquestionnent ceux de la partie adverse. La partie n'a pas à déclarer d'avance ni les noms des témoins, ni les faits qu'elle entend prouver. Ce n'est donc qu'au moment où la question est posée au témoin que l'adversaire peut savoir quel est le sujet de l'interrogatoire. C'est alors aussi qu'il doit s'opposer à la question, c'est-à-dire à la preuve qu'on veut faire au moyen de cette question, et le juge décide, séance tenante, de la valeur de l'objection.

On voit l'inconvénient de la jurisprudence qui considère comme admise de consentement la preuve à laquelle la partie n'a pas fait objection ; comme le tout se passe assez rapidement et que l'adversaire n'est pas prévenu des intentions de celui qui interroge le témoin, il faut une certaine présence d'esprit pour ne pas laisser passer

quelque preuve illégale sans objection. Les parties se trouvent donc ici à la merci d'une surprise dont les conséquences sont quelquefois sérieuses. Il est vrai qu'en pratique les avocats connaissent généralement par le dossier ce que l'adversaire cherche à prouver. Mais il arrive aussi que,pour empêcher qu'il ne se glisse quelque preuve illégale, le temps de l'enquête se passe en objections et en discussions inutiles.

132. Quelquefois le juge admet la question et *réserve l'objectum* pour être décidée ultérieurement. Cette pratique est dangereuse en ce qu'elle tend à détruire l'effet des prohibitions légales de la preuve par témoins, car on doit prendre pour admis que la loi est bonne et il faut l'appliquer ; il n'appartient pas au juge de juger la loi. Puisque la loi prohibe la preuve testimoniale au lieu de permettre de la faire sauf à la rejeter ensuite, c'est qu'elle prévoit l'inconvénient qui en résulterait. " Vouloir, dit Bonnier (*Traité des Preuves* vol. 1, p. 389), que les juges reçoivent la déposition d'un témoin et qu'ils fassent ensuite complètement abstraction de l'impression qu'elle aura laissé dans leur esprit, c'est exiger l'impossible. " Ailleurs le même auteur (p. 385) signale le danger " d'admettre facilement des interlocutoires, sous prétexte que *les moyens étant réservés*, on pourra en définitive les examiner plus tard avec plus de maturité. " Cet expédient dilatoire, dit-il, ce sursis d'examen, qui repose l'esprit sans troubler la conscience n'est pas irréprochable. L'attention du juge ne doit pas se *réserver* ainsi, elle doit être ferme, vigilante et entière dès l'origine ; car enfin, parmi les moyens proposés, il peut s'en trouver un qui rende

l'interlocutoire inutile ; il vaut infiniment mieux le découvrir avant qu'après. "

Dans la cause de Fry v. The Richelieu & Ontario Navig. Co. (9 L. C. R. p. 406), le juge Mondelet s'est exprimé ainsi : " *It was to be regretted that the practice of admitting testimony* de bene esse *prevailed to such an extent as it did in this district ; that it put parties to a great deal of unnecessary expenses, because it induced them to go on entailing costs, whereas if they had a final decision, they could, if they thought proper, appeal from it, and thus be guided how to act in the cause, whether to withdraw or proceed further with it.* "

Sans doute l'admission de la preuve sous réserve de l'objection est souvent excusée par la raison qu'il vaut mieux donner aux parties l'occasion d'établir leurs droits par tous les moyens, et ne pas s'exposer à faire une injustice dans les cas douteux. Mais il y a un appel de la décision qui rejette une preuve légale. Enfin quand on considère l'influence que doit nécessairement avoir la preuve illégale sur le juge, une fois qu'il en a pris connaissance, on ne peut s'empêcher d'appliquer cette sentence : *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis, optimum judex qui minimum sibi.* Admettre ces sortes de preuve c'est s'exposer à manquer à cette qualité essentielle du magistrat pour laquelle Bossuet loua surtout dans le chancelier Michel Letellier, " l'esprit et les maximes d'un juge, qui, attaché à la règle, ne porte pas dans le tribunal ses propres pensées, ni des adoucissements ou des rigueurs arbitraires, et qui veut que les lois gouvernent et non pas les hommes. "

Qu'on examine les jugements où la preuve par témoins a été admise contrairement à la loi, on verra que la violation des règles de la preuve a été entraînée parce que les juges ont reculé devant la nécessité de consacrer une injustice, ou plutôt, ce qui, d'après cette preuve illégale, leur a paru être une injustice. On dira peut-être : *Summum jus summa injuria.* Mais c'est précisément la question : Y a-t-il injustice ? La loi, consacrée par l'expérience et le temps,ne reconnaît pas la valeur de la preuve testimoniale dans certains cas ; le juge prend sur lui de l'admettre et d'y ajouter foi : la question est de savoir si l'expérience d'un homme est plus sûre que la sagesse des lois.

133. Les objections à la preuve doivent être entrées dans la déposition, quand la déposition est prise par écrit. Si le juge rejette la preuve, il y a appel *à la cour* quand l'enquête se fait devant un juge. Cette distinction est bien inutile, car la cour peut être présidée par le même juge. Mais il y a encore l'appel ordinaire, en outre de cette procédure, soit du jugement interlocutoire qui maintient la décision du juge à l'enquête, soit du jugement final dans la cause quand il est basé sur la preuve illégalement admise.

Si la preuve est admise sous réserve de l'objection la partie peut invoquer l'illégalité de la preuve à l'audition sur le mérite de la cause, et en appel.

134. La preuve une fois faite n'enchaîne pas nécessairement la conviction du juge. Il peut à sa discrétion y ajouter foi ou lui refuser toute confiance.

Ce n'est pas à dire que le juge ait une juridiction définitive sur les questions de fait ; il existe un appel du fait aussi bien que du droit. Cependant la tendance des tribunaux d'appel est de respecter l'appréciation des faits, par exemple du montant des dommages, faite par le juge en première instance, sauf à intervenir dans les cas d'injustice évidente.

Cette jurisprudence est suffisamment justifiée quand l'enquête a été faite en présence du juge qui a rendu le jugement final. Il est évident qu'alors le juge de première instance est seul en possession de tous les moyens que la loi sanctionne d'assurer l'efficacité de la preuve par témoins. Un des plus efficaces est celui qui requiert la présence du témoin en cour, pour permettre au juge de le voir et de l'entendre, et non pas seulement de lire son témoignage. En effet, l'aspect, la conduite du témoin, son empressement ou sa répugnance à répondre, sa faconde ou ses réticences, ses gestes, sa timidité ou son audace, tout sert d'indices pour fixer la valeur de son témoignage, et seul le juge qui le reçoit peut le peser à son juste poids.

FIN

PROPOSITIONS.

Dans le droit romain la preuve par témoins était admise en règle générale.

Les servitudes réelles en droit romain excluent toute prestation personnelle de la part du propriétaire du fonds servant.

La compensation en droit romain n'opérait pas de plein droit l'extinction des obligations.

Les intérêts compensatoires peuvent être accordés sans mise en demeure malgré l'article 1077 du Code Civil.

La signature par une marque, ou croix, est reconnue dans notre jurisprudence.

La compensation a lieu au moment de la faillite entre deux dettes dont l'une, celle due par le failli, ne devait écheoir qu'après la faillite.

La *malice*, dans une procédure malicieuse, peut se présumer de *l'absence de cause probable*. Ces expressions, reçues dans notre jurisprudence, doivent être prises dans le sens de *faute* ou *négligence coupable*.

L'aval a droit à un avis de protêt

Le maître demeure responsable des marchandises transportées même après le déchargement, mais pas après le délai requis pour leur enlèvement.

La nullité d'un règlement municipal peut être invoquée en tout temps si elle résulte du défaut de juridiction.

La corruption en matière d'élections municipales est celle que définit le droit commun anglais.

Celui qui est extradé ne peut être jugé pour un autre crime que celui pour lequel l'extradition a été obtenue.

Le parjure ne doit pas nécessairement être prouvé par deux témoins.

En droit criminel la preuve de oui-dire est admise dans certains cas.

Dans les matières sommaires c'est la cour et non le juge qui a juridiction.

La demande incidente par le demandeur ne peut avoir pour objet une réclamation étrangère à la demande principale.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

PAGES

1. De la preuve en général 3
2. Du témoignage 3
3. De la preuve par témoins 4
4. Valeur de la preuve par témoins 4
5. De la preuve testimoniale légale 5
6. De l'admisibilité de la preuve par témoins 6
7. Etendue et division du sujet 7

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS HISTORIQUES

8. Objet de cette étude 11
9. De la preuve par témoins au âge 12
10. Règle *testis unis, testis nullus* 13
11. Causes de reproche et d'exclusion des témoins 13
12. Pratiques et système vicieux 15
13. Evolution des lois sur la preuve 16
14. L'ordonnance de Moulins 16
15. L'ordonnance de 1667 18
16. L'ordonnance de 1785 19
17. Le Statut des Fraudes 20
18. Le Code Civil 21
19. Lois sur l'iucompétence des témoius 22
20. Influence du système des enquêtes 24

PAGES

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DES PRINCIPES QUI RÉGISSENT LA PREUVE PAR TÉMOINS

21. Application des lois sur la preuve 27
22. Règle général sur l'admission de la preuve par témoins avant le Code 27
23. Règle depuis le Code 29
24. Pratique dans les cas douteux 30

CHAPITRE DEUXIÈME

PREMIER PRINCIPE

EXCLUSION ABSOLUE DE LA PREUVE TESTIMONIALE

SECTION I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

25. Des faits juridiques et dee faits matérie's 31
26. Des faits mixtes 33
27. Des cas où la preuve écrite est impossible 34
28. Des exceptions au principe général 35

SECTION II

CAS OU LA PREUVE ÉCRITE EST IMPOSSIBLE

§ 1

Bail présumé

29. Ce que c'est que le bail présumé 37
30. Des faits qu'on peut prouver par témoins 38

PAGES

§ 2

Du dépôt nécessaire

31. Application de la règle 39
32. Dépôt entre les mains de l'hôtelier 40
33. Dépôt de bagages personnels entre les mains du voiturier. 40

§ 3

Des quasi-contrats

34. L'énumération du paragraphe 4 de l'article 1233 n'est pas rigoureuse 41
35. Du paiement de l'indu 42
36. Destruction du tittre de la dette payée indûment 43
37. De la gestion d'affaires 43
38. Preuve des actes de gestion 44

§ 4

Des délits et quasi-délits

39. Eléments matlriels et éléments juridiques des délits et quasi-délits 45
40. Effet du jugement au criminel sur l'action civile 45
41. Preuve de l'élément juridique 47
42. Réponse à l'objection *ab inconveniente* 47

§ 5

De quelgues autres cas mentionnés dans le Code

43. Défaut de preuve écrite par convenance ou usage 49
44. La prohibition ne s'applique pas aux tiers 50
45. Erreur, démence, ivresse et violence 50
46. Dol dans la convention 51
47. Dol dans la rédaction de l'écrit 51
48. Simulation simple 52
49. Simulation en fraude de la loi 53
50. Inscription en fraude 54
51. Possession des immeubles 54
52. Possession et propriété des meubles 55

PAGES

53. Critiques de quelques jugements..... 56
54. Don manuel..... 57
55. La preuve contraire est de droit..... 58
56. Preuves des lois étrangères..... 59

§ 6

Cas de perte de l'écrit

57. Effet de cette règle..... 60
58. Preuve du cas imprévu..... 61
59. Quand l'écrit est entre les mains de la partie adverse, ou d'un tiers..... 62
60. Des faits préalables qu'il faut prouver..... 62
61. A quels écrits la règle s'applique..... 62
62. Si le commencement de preuve par écrit dispense de faire la preuve par écrit..... 63
63. Application de la règle dans le droit anglais..... 64

SECTION III

CAS OU LA PREUVE TESTIMONIALE EST ADMISE PAR EXCEPTION AU PRINCIPE GÉNÉRAL D'EXCLUSION

§ 1

En matières commerciales

64. Sources de cette règle..... 66
65. Ventes de meubles..... 67
66. Lettres de change et billets promissoires..... 68
67. Modifications apportées par le Code Civil à l'Ordonnance de 1785..... 69
68. Les Statuts des Fraudes et de Limitation, et l'acte de lord Tenterden..... 70
69. L'article 1235 du Code Civil..... 71
70. Nature de l'écrit exigé par l'article 1235..... 72
71. Jurisprudence sur ce point..... 74
72. Forme de l'écrit..... 75

PAGES

73. Ventes par encanteur..... 77
74. Interruption de prescription et renonciation à la prescription acquise..... 77
75. Reconnaissances de dettes de mineurs..... 77
76. Représentations ou garanties..... 77
77. Ventes d'effets mobiliers..... 78

§ 2

Modicité du montant du litige

78. Du montant de la demande 80
79. De l'intérêt..... 81
80. Demande pour partie d'une somme de plus de $50..... 82
81. Demande formée de créances différentes..... 83
82. Demande de montant plus élevé que celui du contrat... 84
83. Comment déterminer le montant de la créance, ou la valeur demandée..... 86
84. Exceptions au par. 2 de l'article 1233..... 87

§ 3.

Commencement de preuve par écrit.

85. Origine du commencement de preuve par écrit..... 87
86. Nécessité d'un écrit..... 88
87. Interrogatoires sur faits et articles..... 89
88. Interrogatoire de la partie comme témoin..... 89
89. Condition que l'écrit émane de la partie adverse..... 90
90. Preuve ou reconnaissance de l'écrit..... 91
91. Ecrit émané du représenté ou du représentant de la partie. 92
92. Ecrit émané de l'ayant-cause. 93
93. Ecrit émané d'un tiers..... 94
94. Vraisemblance du fait résultant de l'écrit..... 97
95. Appréciation de la suffisance de l'écrit..... 98
96. *Quid* s'il s'agit de prouver ou de contredire un écrit..... 98

§ 4.

Consentement des parties.

97. Consentement admis par la jurisprudence..... 99

PAGES

98. Origine de cette pratique..... 100
99. Dangers du consentement tacite..... 101

SECTION IV.

DES CAS OU LA PROHIBITION EST PLUS RIGOUREUSE.

100. De quelques contrats qui doivent être rédigés par écrit quel qu'en soit le montant..... 102

SECTION V.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN MATIÈRE DE QUESTIONS D'ÉTAT.

101. Historique de la question..... 108
102. Nature des faits à prouver..... 109
103. Preuve des naissances et des décès..... 110
104. Du mariage..... 112
105. Des vœux de religion..... 115
106. De la filiation..... 115

CHAPITRE TROISIÈME.

DEUXIÊME PRINCIPE : " LETTRES PASSENT TÉMOIN."

SECTION I.

DOUBLE ORIGINE DE L'ARTICLE 1234.

107. Rédaction conforme au droit anglais..... 119
108. Règle énoncée dans l'Ordonnance de 1667..... 120
109. Changement introduit par le Code..... 122
110. Droit anglais en matière de commerce..... 122

PAGES

SECTION II.

AFFAIRES CIVILES ORDINAIRES.

111. Raison de la règle et son efficacité..... 124
112. L'article 1234 et son application..... 126
113. Distinction entre l'écrit et la convention qu'il constate..... 127
114. Véritable sens de la règle..... 127
115. Preuve testimoniale permise pour l'interprétation..... 128
116. Date de l'écrit..... 129
117. Conventions verbales subséquentes..... 129
118. Fraude au sujet de l'écrit..... 130
119. La règle n'est pas applicable aux tiers..... 131
120. Sens du mot " écrit. "..... 131
121. Exceptions à l'article 1234..... 132
122. Règle qui exige la meilleure preuve..... 132

SECTION III.

AFFAIRES COMMERCIALES.

123. Règle du droit anglais..... 134
124. Ressemblances avec le droit français..... 135
125. Différences avec le droit français..... 135
126. Lettres de change et billets promissoires..... 138
127. Comparaison entre le droit anglais et le droit français..... 139

TROISIÈME PARTIE.

SANCTION DES LOIS SUR LA PREUVE PAR TÉMOIN.

128. Nullité de la preuve..... 141
129. L'enquête dans le droit français..... 142
130. Le procès par jury..... 142
131. Notre système d'enquête..... 143
132. Preuve sous réserve d'objection..... 144
133. Des recours contre le rejet de la preuve..... 146
134. Effet de la preuve par témoins..... 146
Propositions..... 149